

**Entscheidungskriterien für den Vorschlag einer Mediation
oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen
Konfliktbeilegung nach § 278a I ZPO, §§ 36a I S.1, FamFG, § 54a ArGG
oder einer Norm, die auf § 278a I ZPO verweist**

**von Rechtsanwälte und Mediatoren
JUDr. Heike Lamadé und JUDr. Thomas Lamadé**

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	II
Inhaltsverzeichnis.....	II
Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	VII
A Einführung.....	1
B Meinungsstand.....	7
C Verfahrensarten.....	15
1. Mediation.....	17
a) Strukturiertes Verfahren.....	18
aa) Vorvertragliche Phase.....	21
bb) Bestandsaufnahme (Konfliktschilderung, Themen-Sammlungen).....	21
cc) Klärungsphase (Interessen/Bedürfnis-Findung).....	21
dd) Konfliktlösungsphase.....	22
ee) Vertrag erstellen.....	23
b) Vertraulichkeit des Verfahrens.....	23
c) Freiwilligkeit der Streitparteien.....	23
d) Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien bei der Erzielung von Lösungen.....	24
e) Neutralität und fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators.....	25
f) Weitere Merkmale.....	25
2. Schiedsgutachten.....	26
3. Schiedsverfahren mit Entscheidungsbefugnis.....	29
4. Schlichtung ohne Entscheidungsbefugnis.....	32
D Abgrenzungsmerkmale der Verfahren.....	35
1. Strukturiertes Verfahren.....	35
2. Vertraulichkeit des Verfahrens.....	37
3. Freiwilligkeit der Streitparteien.....	38
4. Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien.....	38
5. Neutralität.....	38
6. Weitere Merkmale.....	38
E Konkrete Empfehlung eines Verfahrens.....	40
1. Entscheidungskriterien für die Empfehlung eines Verfahrens.....	41
a) Interessen/Bedürfnisse oder Sach- und Rechtsfragen.....	43
b) Spezielle Sach- oder Rechtsfragen.....	48
c) Kosten der Mediation.....	49
d) Ausschlussgründe bei der Mediation.....	51
aa) Hohe Eskalationsstufe.....	51
bb) Keine persönliche Anwesenheit der Parteien oder betroffener Dritter möglich.....	53

cc)	Klage gegen Institutionen	54
dd)	Anwendbarkeit von zwingendem Recht.....	55
ee)	Grundsatzentscheidung ist gefragt	58
ff)	Parteien wollen Öffentlichkeit.....	58
2.	Konkrete Vorgehensweise des Gerichts	58
a)	Vorbereitung der Güteverhandlung	58
aa)	Beziehungsfälle als besondere Fallgruppen	59
bb)	Schriftsätze der Parteien	60
cc)	Äußerungen der Parteien	62
dd)	Zwischenergebnis zur Vorbereitung der Güteverhandlung.....	63
b)	Während der Güteverhandlung	64
aa)	Mediation	64
bb)	Sach- und Rechtsfragen	64
cc)	Ergebnis in der Güteverhandlung	66
3.	Zusammenfassung.....	67

Literaturverzeichnis

Ballreich/Glas	Mediation in Bewegung, 2011
Bassenge/Roth	FamFG/RPflG: Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 12. Aufl., 2009
Besemer	Mediation, 2. Aufl., 2010
Breidenbach/Henssler	Meditation für Juristen, 1997
Dietz	Werkstattbuch Mediation, 2005
Duwe/Eidenmüller/Hacke	Mediation in der Wirtschaft, 2. Aufl., 2011
Gläßer/Schroeter	Gerichtliche Mediation – Grundfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, 2011
Greger	Abschlussbericht zur wissenschaftlichen Begleitung des Pilotprojekts: Mediation in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2011
Greger	Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten - Pilotstudie zum Vergleich von Kosten und Folgekosten, 2010
Greger/Stubbe	Schiedsgutachten, NJW Praxis, Band 66, 2007
Greger/Unberath	Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 2008
Greger/Unberath	Mediationsgesetz, 2012
Greger/v. Münchhausen	Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte 2010
Haft/v. Schlieffen	Handbuch der Mediation, 2. Aufl., 2009
Hensler/Koch	Mediation in der Anwaltspraxis, 2000
Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut	Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis - Evaluation ZPO-Reform - im

	Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2006
Hoppenz	FamFG, 9. Aufl., 2009
Hösl	Mediation, Die erfolgreiche Konfliktlösung, 5. Aufl., 2005
Joussen/Unberath	Mediation im Arbeitsrecht, 2009
Kemper/Schreiber	FamFG, 2. Aufl., 2012
Lenz/Müller	Wirtschaftsmediation, 2008
Linsky/Seeber	The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations, Cornell University, Foundation for the Prevention an Early Resolution of Conflicts and PricewaterhouseCoopers, LLP
Mondata/Kals	Mediation, 2. Aufl., 2007
Münchener Kommentar ZPO/Bearbeiter	Münchener Kommentar zur ZPO, Bd. 1, 4. Auflage, 2013
Musielak	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 8. Aufl., 2011
Nolan-Haley	Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, 1992
Prütting	Außergerichtliche Streitschlichtung, 2003
Putzo	Zivilprozessordnung, 32. Aufl., 2010
Risse	Wirtschaftsmediation, 2003
Risse/Wagner	Handbuch Mediation, 2. Aufl., 2009
Sander/Rozdeicer	Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach, in: 11 Harvard Negotiation Law Review, S.1 ff (2006)
Schulte-Bunert/Weinreich	FamFG Kommentar, 2. Aufl., 2010

Stein/Jonas	Zivilprozessordnung, 22. Aufl., 2008
Ulrich/Vogt	Mediation in der Praxis – Teil III: Qualifikation des Sachverständigen als Mediator, 2009
Weiler/Schlickum	Praxisbuch Mediation, 2008
Zöllner	Zivilprozessordnung, 29. Aufl., 2012

Abkürzungsverzeichnis

AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
BGBL	Bundesgesetzblatt
BRAK-Mitteilungen	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BT-DR	Bundestagsdrucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
GWR	Zeitschrift für Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
MittelbayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
ZfIR	Zeitschrift für Immobilienrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO-RG	Gesetz zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

A Einführung

Am 26.7.2012 ist das Mediationsgesetz (im Weiteren: das MediationsG) in Kraft getreten¹. Grundlage war die Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, die gem. Art. 12 I bis zum 21.5.2011 in nationales Recht transformiert werden musste. Obwohl die Richtlinie nach Art. 1 II nur für grenzüberschreitende Zivil- und Handelssachen gilt, hat sich der deutsche Gesetzgeber für eine umfassende Regelung im autonomen Recht entschieden. Ziel war es, eine Rechtszersplitterung zu vermeiden und eine umfassende Anwendungsoption in andere Rechtsgebiete zu eröffnen. Weiterhin sollte die außergerichtliche Mediation gefördert und eine rechtliche Grundlage geschaffen werden².

In der Rechtswirklichkeit spielt die außergerichtliche Streitschlichtung bisher nur eine geringe Rolle. Vom obligatorischen Schlichtungsverfahren des § 15a EGZPO abgesehen, kann jeder Rechtsstreit direkt vor ein Gericht gebracht werden. Da sich der Anwendungsbereich auf Sachen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung beschränkt und andere zahlreiche Umgehungsmöglichkeiten bestehen³, war von § 15a EGZPO kein Impuls zur Förderung der Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu erwarten⁴.

Zudem wird gerade der Klageweg durch den Staat dadurch gefördert, dass er bedürftige Personen bei Klagen durch die Übernahme von Kosten finanziell unterstützt, während dies bei der außergerichtlichen Streitschlichtung nicht der Fall ist. Die Kosten wurden im MediationsG auch nur in eine Art Experimentierklausel (§ 7) aufgenommen.

Die Nutzung der außergerichtlichen Streitschlichtung ist auch in der Anwaltschaft die große Ausnahme⁵, was allerdings damit zusammenhängt, dass hier die erforderlichen Kenntnisse, insbesondere über das Verfahren der Mediation,

¹ BGBl I, 1577

² BT-DR 17/5335, S.11; Leutheusser-Schnarrenberger, ZKM 2012 72

³ insbesondere über das Mahnverfahren

⁴ siehe dazu Greger, SchiedsVZ 2005, 76 ff.

⁵ Greger, in MediationsG, 4. Teil, Rn. 5; Bruttel/Timmelsfeld ZKM 2011, 71 ff.

nicht in ausreichendem Maße vorhanden sind⁶.

Selbst in den Medien wird eine korrekte Differenzierung zwischen den Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nur selten vorgenommen. Die Vermittlungsbemühungen Heiner Geißlers um das Projekt Stuttgart 21 wurden als Mediationsverfahren bezeichnet, obwohl es eine Streitschlichtung war⁷.

Der Gesetzgeber hätte mit dem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren bewirken können, dass sich dieser Zustand grundlegend ändert. Dazu wäre es förderlich gewesen, wenn wie in manchen ausländischen Rechtsordnungen⁸, eine prozesshindernde Regelung, bzw. die Durchführung eines Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung als Klagevoraussetzung, aufgenommen worden wäre. Das hätte dazu geführt, dass sich sowohl die Rechtssuchenden, als auch die Rechtsanwälte und die Gerichte, zwingend mit der Mediation und den anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung hätte beschäftigen müssen. Dies ist jedoch nicht erfolgt.

Für den Bereich der Schlichtung und des Schiedsgutachtens fehlt es nahezu völlig an gesetzlichen Regelungen. Wenigstens für die Mediation ist durch das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren ein gewisse Struktur geschaffen worden. Die Akzeptanz wird jedoch stark davon abhängen, inwieweit es durch die Gerichte Beachtung findet. Da Anreizeffekte im Gesetz ausgeblieben sind, sind die Gerichte aufgerufen, im Prozess den Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, Geltung zu verschaffen. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber Instrumentarien geschaffen hätte, die bewirken würden, dass die Einbindung der Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung dazu führen, dass es erst gar nicht zu einem Gerichtsverfahren kommen würde.

Der erste Anknüpfungspunkt der Gerichte ist § 253 III Nr. 1 ZPO und § 23 I S. 3 FamFG. Hier wurde aufgenommen, dass in der Klageschrift ein Hinweis enthal-

⁶ Plassmann, Das Mediationsgesetz - Eine Steilvorlage für die gesamte Anwaltschaft, BRAK-Mitteilungen 5/2012, 194; Unberath in MediationsG, 1. Teil, Rn. 11

⁷ Plassmann, aaO. 194

⁸ siehe beispielhaft zum italienischen Mediationsgesetz, Pinto ZKM 2010, 183 ff; zu Art. 213 ff. (Mediation) der neuen Schweizer ZPO; Huber-Mumelter/Mumelter ZVfR, 21009, 165

ten sein solle, ob der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung der Klage vorausgegangen sei, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegen stünden. Da es sich um eine Soll-Vorschrift handelt, hat das Fehlen der Angaben keinen Einfluss auf die Zulässigkeit der Klage bzw. des Antrages. Die Beteiligten sollen dazu angehalten werden, sich vor Prozessbeginn Gedanken über die Anwendung von Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu machen. Allerdings ist zu befürchten, dass dies ohne entsprechende Intervention der Gerichte nicht mit der wünschenswerten Beachtung erfolgen wird.

Insbesondere in den Fällen, in denen ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nicht durchgeführt wurde, soll nach § 253 ZPO mitgeteilt werden, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Dies ist auch in § 23 FamFG enthalten, wobei hier noch der Zusatz aufgenommen wurde, dass nur „in geeigneten Fällen“ die Angabe enthalten sein soll, ob und ggf. warum ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nicht durchgeführt wurde, bzw. warum ihm Gründe entgegenstehen.

Gerichte sollten zukünftig nicht nur deswegen unbedingt auf die Einhaltung dieser Soll-Vorschrift bestehen, damit das Bewusstsein bei den Rechtssuchenden und den Rechtsanwälten schon vor Klageerhebung für die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung erweitert und eine Klage in der Zukunft vermieden wird, sondern auch, weil das Gericht diese Informationen selbst im weiteren Verfahren benötigt, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

In § 278 V S. 2 ZPO a.F. war bisher geregelt, dass das Gericht „in geeigneten Fällen“ den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen kann. Von dieser Möglichkeit wurde tatsächlich bisher sehr wenig Gebrauch gemacht⁹. Wenn überhaupt etwas vorgeschlagen wurde, war dies die gerichtsinterne Mediation, denn diese verursacht keine zusätzlichen Kosten und keinen Aufwand für die Suche nach einem geeigneten Mediator. Die Erfolge einer solchen gerichtsinternen Mediation wurden im Großen und Ganzen positiv be-

⁹ Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut, S. 85, Etscheit in Gläßer/Schroeter, S. 143 ff.

schrieben¹⁰. Allerdings ist nicht ersichtlich, ob diese gerichtsinterne Mediation tatsächlich auch fachgerecht durchgeführt wurde, oder ob die Beteiligten sie schon allein deshalb als positiv beschrieben haben, weil ein Gericht versuchte, eine konsensuale Einigung zu erzielen.

In den § 278a ZPO ist der Zusatz „in geeigneten Fällen“ nicht aufgenommen worden. In Ehe- und Familiensachen kann ein Vorschlag entsprechend § 278a ZPO und nach § 113 I FamFG und nach § 36a FamFG in allen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit unterbreitet werden. Die Regelung des § 54a I ArbGG entspricht der Regelung des § 278a ZPO und in verwaltungs-, sozial- und finanzgerichtlichen Verfahren wird in § 173 S. 1 VwGO, § 202 SGG und § 155 FGO auf § 278a ZPO verwiesen.

Unterstützt wird das Vorschlagsrecht im Familienrecht noch durch die Regelungen in § 135 I FamG und § 156 I FamG, wonach das Gericht in den dort aufgenommenen Fällen anordnen kann, dass die Betroffenen an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung teilnehmen müssen.

Rechtsanwälte und Gerichte haben sich nun mit der Mediation und den anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zumindest insoweit auseinander zu setzen, dass der sinnvolle Umgang mit diesen Normen und den entsprechenden Verfahren gewährleistet ist.

Die Bundesregierung hat in ihrem Entwurf zum MediationsG erklärt, dass die Neufassung des § 253 III ZPO dem Ziel diene, die Mediation und die außergerichtliche Konfliktbeilegung stärker im Bewusstsein der Bevölkerung und in der Beratungspraxis der Rechtsanwaltschaft zu verankern. Dementsprechend habe der 67. Deutsche Juristentag 2008 beschlossen, dass die in der Rechtspflege tätigen Berufsangehörigen über das gesamte Spektrum der verfügbaren Konfliktlösungsverfahren im konkreten Einzelfall informieren sollen¹¹.

Rechtsanwälte haben schon nach § 1 III BORA die Verpflichtung, ihre Mandanten umfassend zu beraten. Dazu gehört bei einer Auseinandersetzung auch die

¹⁰ Gläßer in Gläßer/Schroeter, S. 169 ff.; Probst in Greger/Unberath, S. 99 ff.

¹¹ BT-Drucksache 17/5335, Begründung zu Nr. 3 des § 253 ZPO

Beratung über die Möglichkeit einer Mediation oder die anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung¹². Oftmals begnügten sich Rechtsanwälte jedoch nur mit der Beratung im Hinblick auf das Gerichtsverfahren, da das Wissen über die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mangels entsprechender Behandlung in der Ausbildung oft nur lückenhaft ist. Auch verstehen viele Rechtsanwälte die Empfehlung ihre Mandanten an der Teilnahme an einer Mediation als Eingeständnis eigener Schwäche¹³. Dies muss sich jedoch spätestens mit Inkrafttreten des Gesetzes ändern, denn ohne fundierte Kenntnisse über die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung kann eine Beratung nicht erbracht werden und ohne eine Beratung kann der Soll-Inhalt des § 253 ZPO nicht erfüllt werden. Der Rechtsanwalt muss sich dann ggf. mit der Situation auseinandersetzen, dass das Gericht mit Hinweis auf § 278a ZPO, eine Mediation vorschlägt. Wenn diese dann auch noch erfolgreich durchgeführt wurde, kann der Mandant berechtigterweise die Frage stellen, warum eine solche Mediation nicht schon vor Klageerhebung vorgeschlagen wurde und dadurch Kosten eingespart worden wären. Die unterlassene Beratung kann auch zu einer Haftung des Rechtsanwalts führen¹⁴.

Das Gericht hat sich mit der Mediation und den anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nicht nur wegen der Überprüfung des Soll-Inhalts des § 253 ZPO auseinander zu setzen, sondern wegen der Überlegung, ob nach § 278a ZPO oder einer ähnlichen Vorschrift, eine Mediation oder ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen werden soll. Dabei sind die Gründe, die einem solchen Verfahren entgegenstehen, Teil der Entscheidungskriterien des Gerichts für die Empfehlung einer Mediation nach § 278a I ZPO, §§ 36a I S.1, FamFG, § 54a ArGG oder einer Norm, die auf § 278a I ZPO verweist.

Die Entscheidungskriterien selbst sind jedoch nicht gesetzlich geregelt und daher durch Rechtsprechung und Literatur zu ermitteln. Die vorliegende Arbeit versucht, die Entscheidungskriterien systematisch zu erarbeiten und einen kon-

¹² Offermann-Burckard FPR 2010, 431 ff.

¹³ Duve in Henssler/Koch, § 4 Rn. 73

¹⁴ Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, 2469

kreten Vorschlag für die praktische Umsetzung vor Gericht zu unterbreiten.

B Meinungsstand

Aufgrund der Tatsache, dass das Gesetz erst zum 26.7.12 in Kraft getreten ist, liegen noch keine Ausführungen aus einem Standardkommentar vor. Selbst die Kommentierungen zu § 278 ZPO a.F. zu dem Tatbestandsmerkmal „in geeigneten Fällen“, sind dürftig und die Ausführungen unsystematisch. In der Regel bleibt es bei allgemeinen Aussagen, Beispielen und der Aufzählung einiger Ausschlussgründe.

Auch die Literatur hat sich bisher zu der Frage, wann die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung anzuwenden sind, zurückgehalten. Ausführlichere Ansätze sind nur in einigen Büchern enthalten, die sich mit der Mediation und den Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung insgesamt beschäftigen und der Frage, wann sie sinnvollerweise zur Anwendung kommen sollen. Diese beziehen sich jedoch nicht auf den Fall, dass ein Gerichtsverfahren schon angestrengt wurde und das Gericht sich mit der Frage auseinander zu setzen hat, ob und wann neben der eigenen Entscheidungsmöglichkeit im laufenden Verfahren der Verweis auf einen Dritten sinnvoll erscheint.

Das BVerfG hat in seinem Urteil zu der Frage der Verfassungsgemäßheit von § 15a EGZPO erklärt, „im Erfolgsfalle führt die außergerichtliche Streitschlichtung dazu, dass eine Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte wegen der schon erreichten Einigung entfällt, sodass die Streitschlichtung für den Betroffenen kostengünstiger und vielfach wohl auch schneller erfolgen kann, als eine gerichtliche Auseinandersetzung. Führt sie zu Lösungen, die in der Rechtsordnung nicht vorgesehen sind, die von den Betroffenen aber – wie ihr Konsens zeigt – als gerecht empfunden werden, dann deutet auch dies auf eine befriedende Bewältigung des Konflikts hin. Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einvernehmliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdiger, gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“¹⁵.

¹⁵ BVerfG, NJW-RR, 2007, 1073, 1074

Das Bundesverfassungsgericht deutet in diesem Urteil an, dass die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung wohl schneller und auch kostengünstiger erfolgen können. Außerdem soll eine konsensuale Lösung von den Parteien besser akzeptiert werden, als ein Urteil.

Die Bundesregierung hat in ihrem Entwurf zum MediationsG erklärt, dass § 278a I S. 1 ZPO dem Gericht die Möglichkeit eröffne, den Parteien eine gerichtsnahen Konfliktbeilegung, insbesondere eine Mediation, vorzuschlagen. Ein solcher Vorschlag könne insbesondere dann angezeigt sein, wenn dem Rechtsstreit Konflikte zugrunde lägen, die im Prozess nicht oder nur unzureichend beigelegt werden können. Derartige Konstellationen könnten zum Beispiel in Verfahren auftreten, in denen hinter dem Streitgegenstand bilden den Zahlungsanspruch, eine dauerhafte persönliche oder geschäftliche Beziehung der Parteien besteht, die durch den Ablauf des Rechtsstreits oder dessen Ergebnis beeinträchtigt werden kann. Sind wie im Bau- oder im Arzthaftungsprozess gutachterlich zu klärende Tatsachenfragen streitentscheidend, kann es darüber hinaus sinnvoll sein, die Parteien auf ein verbindliches Schiedsgutachten zu verweisen¹⁶.

Weiterhin erklärte die Bundesregierung zum neu eingefügten § 23 I Satz 3 FamFG, dass die Angabe, ob einer Mediation oder einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung Gründe entgegenstehen, nur in geeigneten Fällen zu machen sei. In Verfahren der FG-Familiensachen seien dies, neben Ehewohnungs- und Haushaltssachen, insbesondere bestimmte Kindenschaftssachen, die elterliche Sorge oder das Umgangsrecht zum Gegenstand haben, in Adoption- und Abstimmungssachen, die nicht der Dispositionsbefugnis unterliegen, solle eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung dagegen regelmäßig ausscheiden¹⁷.

Die Bundesregierung differenziert zwischen dem Streitgegenstand und einem davon zu unterscheidenden Konflikt und erkennt an, dass durch Urteile zwar

¹⁶ BT-Drucksache 17/5335, Begründung zu Nr. 5 des § 278a ZPO

¹⁷ BT-Drucksache 17/5335, Begründung zu Nr. 2 des § 23 FamFG

der Streitgegenstand erledigt wird, nicht unbedingt aber der tiefegehende Konflikt. Als Beispiel wird eine dauerhafte Beziehung genannt, die durch den unbearbeiteten Konflikt weiterhin beeinträchtigt ist.

Dieser richtige Ansatz wird allerdings dadurch wieder relativiert, dass die Dispositionsbefugnis als wesentliches Kriterium angesehen wird, sodass, wenn es nicht vorliegt, einer Mediation regelmäßig entgegenstehe. In einem solchen Fall soll auch eine Bearbeitung des tiefer liegenden Konfliktes nicht erforderlich sein, was nicht konsequent ist.

Ulrici führt aus, dass der Konflikt sich für eine außergerichtliche Konfliktlösung eignen würde, wenn diese aufgrund ihrer Eigenarten erfolgversprechend (eine Beilegung des Konflikts ist möglich) erscheint und sie für die Parteienvorzüge (z.B. bzgl. Kosten, Zeit, Zukunftsfähigkeit) gegenüber einem Gerichtsverfahren aufweisen würde. Um das festzustellen, unterscheidet er zwischen objektiven und subjektiven Umständen. Die objektiven Umstände seien für das Gericht einfacher zu beurteilen, als die personelle Eignung und würden daher vorrangige Bedeutung haben.

Als objektiv besonders geeignet bezeichnet Ulrici komplexe Rechtsbeziehungen von gewisser Dauer, weil hier eine zukunftsgerichtete und ausgewogene Gestaltung zur Lösung von Interessengegensätzen näher liegen. Als Beispiele nennt er Dienst- und Arbeitsverhältnisse, dauernde Geschäftsbeziehungen, Nutzungsbefugnisse und familien- oder gesellschaftsrechtliche Beziehungen.

Als Voraussetzung für eine Mediation ist es nach Ulrici erforderlich, dass die Parteien in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einen ausreichenden Gestaltungsspielraum für Lösungen hätten. Dabei soll es ausreichend sein, dass innerhalb des Gesamtkonflikts ein Gestaltungsspielraum verbliebe¹⁸.

Schröder führt aus: Mediation und außergerichtliche Streitbeilegung sind der Königsweg einer Konfliktlösung bei Abwicklung gescheiterter Ehen. Den Beteiligten wird die Eigenverantwortung und die Option belassen, für sich und ihren

Konflikt mit Hilfe eines unparteilichen Dritten, der ausschließlich den Prozess steuert, die maßgeschneiderte Lösungen, ihr individuelles Recht für den Konflikt, gemeinsam zu schöpfen¹⁹.

Kemper begnügt sich mit folgender Aussage: Das Gericht soll in geeigneten Fällen den Ehegatten eine außergerichtliche Streitbeilegung anhängige Folgesache vorschlagen. Gemeint ist damit, dass das Gericht in den Fällen, in denen es gewiss Chancen für eine außergerichtliche Streitbeilegung sieht, den Beteiligten Vorschläge unterbreiten soll, wie sie zu einer derartigen Lösung gelangen können²⁰.

Reichold kommentiert wie folgt: In geeigneten Fällen, wenn etwa die Hilfe von Steuerberatern, Sachverständigen oder anderen Experten erforderlich ist, kann das Gericht eine außergerichtliche Streitschlichtung, etwa durch eine nach § 15a EGZPO eingerichtete Gütestelle oder durch einen Mediator, vorschlagen²¹.

Foerster erklärt: In bestimmten, z.B. besonders schwierigen oder von Ressentiments beeinflussten Streitigkeiten, kann das Gericht den Parteien vorschlagen, eine außergerichtliche Streitschlichtung zu versuchen. In Betracht kommen vornehmlich Mediation - das Vermitteln durch eine neutrale Person, den Mediator, der dem Spruchkörper nicht angehört und der eine einvernehmliche Konfliktbewältigung unterstützt, ohne selbst zu entscheiden oder auch nur Druck auszuüben und das Schlichten durch eine neutrale Person, die beiden Seiten dank ihrer Autorität schließlich einen vermittelnden Vorschlag nahe legt²².

Leipold beschränkt sich damit, zu erklären, dass ein geeigneter Fall vorliegt, wenn eine außergerichtliche Schlichtung konkrete Erfolgsaussichten hat. Dies

¹⁸ Ulrici in Münchener Kommentar, § 278a ZPO, Rn. 6 ff.

¹⁹ Schröder in Schulte-Bunert/Weinreich, § 135 FamFG, Rn. 1

²⁰ Kemper in Kemper/Schreiber, § 136 FamFG, Rn. 13

²¹ Reichold in Putzo, § 278 ZPO a.F., Rn. 12

²² Foerster in Musielak, § 278 ZPO a.F., Rn. 14

habe das Gericht nach seinem Ermessen zu beurteilen, wobei vor allem der Gegenstand des Rechtsstreits, so wie er sich für das Gericht darstellt, aber auch die beteiligten Personen und in Betracht kommenden Schlichtungsstellen, eine Rolle spielen²³.

Nach Greger/v. Münchhausen, sei anhand von groben Entscheidungshilfen eine Vorabauswahl zu treffen und dann, jedoch nach sorgfältiger Differenzierung mit Hilfe von praktischer Erfahrung, eine Entscheidung vorzunehmen. Dabei spielten beispielsweise folgende Kriterien eine Rolle: Kosten und Dauer des jeweiligen Streitschlichtungsverfahrens²⁴.

Greger erklärt, dass sich die Verweisung auf die außergerichtliche Konfliktbeilegung anbiete, wenn der Rechtsstreit Ausdruck eines Grundkonfliktes sei, der nicht im Prozess aufgearbeitet werden könne, u.U. aber von einer fachkundigen Schiedsstelle, einem Notar oder einem Mediator, d.h. einem entsprechend ausgebildeten Vermittler, der ohne Entscheidungskompetenz auf eine Konfliktlösung durch die Parteien selbst hinwirkt.

Wenn der Ausgang des Rechtsstreits im Wesentlichen von einer gutachterlich zu klärenden Tatsachenfrage abhängt (z.B. Unfallhergang, Baumangel, Wertermittlung), könne es sinnvoll sein, die Parteien auf den Weg eines verbindlichen Schiedsgutachtens zu verweisen²⁵.

Diese Aussage erinnert an die Erklärung der Bundesregierung und verweist auf einen Grundkonflikt, der losgelöst vom Streitgegenstand aufgearbeitet werden sollte.

Duve beurteilt die Eignung eines Konflikts für eine Mediation nach objektiven und subjektiven Kriterien²⁶. Dabei sieht er als erstes objektives Kriterium eine

²³ Leipold in Stein/Jonas, § 278 ZPO a.F., Rn. 70

²⁴ Greger/v. Münchhausen, Rn. 49 ff.

²⁵ Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 278 ZPO Rn. 4

²⁶ Duve in Henssler/Koch, § 4 Rn 50 ff.

langfristige Beziehung als ausschlaggebend an, wobei in erster Linie darauf abgezielt wird, dass diese Beziehung in der Zukunft weiter funktionieren sollte. Dieses relativiert er allerdings dahingehend, dass auch das Zukunftsinteresse einer Partei ausreichen sollte.

Duve deutet somit im Ergebnis nicht darauf hin, dass das zukünftige Zusammenwirken ausschlaggebend sein soll, sondern, dass die Interessen ausschlaggebend sein sollen.

Als weitere Punkte stellte Duve die Förderung der Möglichkeit der Kommunikation, die Berücksichtigung von Emotionen und von rechtlich nicht zu verfolgenden Interessen, Chance für eine kooperative Lösung und die Möglichkeit der Herbeiführung einer schnellen Lösung dar. In subjektiver Hinsicht beschreibt Duve die Möglichkeit der Kontrolle über das Verhandlungsergebnis und das Interesse an der Vertraulichkeit.

Hoyningen-Huene erklärt, dass der Anwendungsbereich der Mediation vornehmlich dort gegeben ist, wo in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht längerfristige Bindungen bestünden und diese auch nach einem tiefgreifenden Konflikt weiter bestehen sollten²⁷.

Günther/Hoffer führen zur Geeignetheit eines Konflikts für die Mediation aus, dass eine zukünftige Beziehung gelebt werden müsse, wie Dauerschuldverhältnisse, Langzeitprojekte und Gesellschaftsrecht. Weiterhin führen sie aus, dass eine Mediation geradezu dann herausgefordert sei, wenn direkte Verhandlungen erfolglos geblieben wären. In diesem Fall könne der Mediator neue Impulse für die Handlungen geben²⁸.

Bassenge/Roth erklärt, dass eine außergerichtliche Streitbeilegung in Familiensachen geeignet sei, wenn Verfahrensursache ein innerhalb des Scheidungs-

²⁷ Hoyningen-Huene, Mediation - eine Alternative zu gerichtlichen Verfahren, Jus 1997, 352

verfahren nicht aufzuarbeitender Grundkonflikt sei. Allerdings sei eine Erfolgsaussicht für eine gütliche Einigung erforderlich, da das Verfahren sonst nur verzögert und verteuert werde.²⁹

Bassenge/Roth sehen den tiefer liegenden Grundkonflikt als Voraussetzung für eine Mediation an, relativieren allerdings auch dieses wieder durch die Tatsache, dass der Streitgegenstand zur Disposition stehe. Dadurch wird auch die Bedeutung des Grundkonflikts relativiert.

Ahrens beschreibt die Kriterien für eine Ermessensausübung in Richtung eines Güterichters nur an zwei Beispielen, Art und Komplexität des Rechtsstreites und wie wahrscheinlich weitere Streitigkeiten sind³⁰.

Grobsch/Heymann bezeichnen die Wiederherstellung des Vertrauens als maßgebliche Aufgabe des Mediators. Im Gegenzug soll die Mediation nicht in Betracht kommen, wenn auf einer Vertrauensvermehrung keine erheblichen Vorteile für die Beteiligten erwachsen können. In Fallgruppen werden dann exemplarisch einzelne Sachverhaltskonstellationen aufgezählt, für die Vertrauen besonders wichtig ist. Weiterhin werden die Vorteile aus der konkreten Verfahrensgestaltung aufgezählt, die allerdings auch für andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung gültig sind³¹.

Neuenhahn/Neuenhahn beschreiben in einer Fußnote die Geeignetheit von Fällen für eine Mediation: So ist zum Beispiel die Durchführung einer Mediation bei dolosem Verhalten einer Partei bzw. bei Vorliegen eines erheblichen Machtungleichgewichts zwischen den Parteien abzulehnen. Auch eignet sich dieses

²⁸ Günther/Hoffer in Henssler/Koch, § 11 Rn. 42 ff.

²⁹ Bassenge/Roth, FamFG/RPflG, § 135 FamFG, Rn. 4

³⁰ Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, 2469

³¹ Grobsch/Heymann, Vertrauen als Verfahrensgegenstand - Fallgruppen der Mediation, NJW 2012, 3626 ff.

Verfahren grundsätzlich nicht zur ausschließlichen Lösung von Rechtsfragen³².

Hoppertz erklärt, dass das Verfahren für eine außergerichtliche Streitbeilegung insbesondere dann geeignet sei, wenn Verfahrensursache ein innerhalb des Scheidungsverfahrens nicht aufzuarbeitender Grundkonflikt sei³³.

Der Deutsche Anwaltverein hat in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zum MediationsG zwar keine Erklärung dazu abgegeben, wann eine außergerichtliche Konfliktbeilegung sinnvoll wäre, jedoch liegt eine Äußerung dazu vor, wann eine Mediation ungeeignet sei. „Der DAV hält eine Mediation im Rahmen des Steuerrechts grundsätzlich für ungeeignet. Das Steuerrecht ist geprägt von dem strengen Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Finanzbeamten haben den Untersuchungsgrundsatz nach § 88 AO zu beachten. Eine von den gesetzlich angeordneten Rechtsfolgen abweichende Vereinbarung ist unzulässig. Soweit die Steuergesetze dem Beamten Ermessen einräumen (insbesondere Haftungsverfahren und Billigkeitsmaßnahmen), sieht das Verfahrensrecht ausreichende Möglichkeiten einer Einigung mit der Finanzverwaltung vor. Entsprechendes gilt hinsichtlich der Unsicherheiten bei der Ermittlung des Tatbestandes³⁴.

³² Neuenhahn/Neuenhahn, Die Begleitung des Medianten durch den Rechtsanwalt in der Mediation, NJW 2005, 1246

³³ Hoppertz, Familiensachen, § 253 FamFG, Rn. 4

³⁴ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, S. 12

C Verfahrensarten

In § 278a ZPO ist aufgezählt, dass eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgeschlagen werden kann. Dabei ist die außergerichtliche Konfliktbeilegung der Überbegriff und die Mediation ein, vielleicht auch das wichtigste Beispiel, aus dieser Gruppe.

Die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung waren bereits in verschiedenen gesetzlichen Regelungen enthalten, wie § 278 V S. 2 ZPO a.F., §§ 135 und 156 I S. 3 FamFG, jedoch nicht gesetzlich definiert oder beschrieben, sondern bezeichnen einen Lebenssachverhalt, eine Konfliktlösung außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens.

Neben der speziell erwähnten Mediation, gehören zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung die unterschiedlichsten Verfahren, wie die in zahlreichen Landesgesetzen vorgesehenen Schlichtungs-, Schieds- und Gütestellen, die Ombudsleute, Clearingstellen und neuere Schieds- und Schlichtungsverfahren, wie Shuttle-Schlichtung (der Schlichter verhandelt mit den Parteien getrennt und nacheinander), Adjudikation (die Adjudikation ähnelt einem Schiedsgutachten, hat aber nur vorläufige Bindungswirkung), Mini Trial (der Mini Trial ist ein Verfahren, in dem die Parteien den Konflikt einem Gremium präsentieren, das aus hochrangigen Entscheidungsträgern beider Parteien und einem neutralen Dritten besteht. Nach Abschluss der Präsentation treten die Parteien und/oder das gebildete Gremium unter der Moderation des neutralen Vorsitzenden in Vergleichsverhandlungen ein und arbeiten einen Vergleichsvorschlag aus), Early Neutral Evaluation (Verfahren, in dem ein Dritter, meist ein Rechtsanwalt, den Streitfall auf rechtlicher Ebene, in einem frühen Stadium beurteilt. Wie beim Schiedsgutachten kann auch hier ein kostspieliges und zeitaufwendiges Gerichtsverfahren vermieden werden), Dispute Review Board (Expertengremium, das die Parteien im Vorfeld einer komplexen gemeinsamen Unternehmung einsetzen. Das Board soll bei allen auftretenden Streitigkeiten als Schlichter tätig werden. Das Gremium ist meist interdisziplinär aus Juristen, Ingenieuren und Kaufleuten zusammengesetzt. Die Entscheidung des Boards ist bindend, wenn sie nicht innerhalb einer bestimmten Frist vor einem Schiedsgericht angefoch-

ten wird) und Online-Schlichtung³⁵.

Diese Verfahren werden in den verschiedensten Ausprägungen und Kombinationen praktiziert und unterliegen einem ständigen Wandel, insbesondere einer ständigen Entwicklung. Daher gab es bisher auch nur wenige Ansätze für eine systematische Klärung und Einordnung³⁶. Risse erklärte sogar, dass eine Ordnung wenig gewinnbringend sei, denn die Abgrenzung der Verfahren untereinander sei so fließend, dass auch scheinbar greifbare Kriterien, insbesondere auch durch die Möglichkeit der Parteien, diese zu modifizieren, verschwimmen würden³⁷. Dem ist jedoch nicht zu folgen, denn es gibt, wie aufgezeigt wird, Unterscheidungskriterien, die eindeutig sind.

Diese wesentlichen Unterscheidungsmerkmale sind im ersten Schritt herauszuarbeiten und die Verfahren dann in Gruppen einzuteilen. In einem zweiten Schritt ist dann zu untersuchen, nach welchen Kriterien das Gericht diese Gruppen unterscheidet und in einem dritten Schritt, wie die Auswahl in der Praxis zu erfolgen hat, insbesondere wenn das Vorliegen der Voraussetzungen der Entscheidungskriterien ungeklärt ist.

Grundmodell einer organisierten Konfliktlösung ist dabei das Gerichtsverfahren, vom dem sich die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unterscheiden müssen. Ein Gerichtsverfahren ist ein Verfahren, bei dem ein weisungsunabhängiges, staatliches Organ, der Richter, einen Konflikt nach Durchführung eines gesetzlich festgelegten Verfahrens entscheidet. Die Entscheidung kann dann mit Zwang durchgesetzt werden. Allerdings muss hier mitberücksichtigt werden, dass auch im gerichtlichen Verfahren Vergleiche geschlossen werden und der Vergleichsschluss, bzw. die Vergleichsverhandlungen einen Vorgang darstellen, der von dem Erlass eines Urteils zu unterscheiden ist. Das Führen von Vergleichsverhandlungen, soweit sie vom Gericht nicht obligatorisch durchgeführt werden, ist eine Option der Konfliktbeilegung, die in gleicher Weise in die Überlegungen, ob ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorzuschlagen ist, einzubeziehen ist. Wenn das Gericht der Mei-

³⁵ Risse/Wagner, Handbuch der Mediation, 2. Aufl., § 23 Rn. 93 ff.

³⁶ Greger/Stubbe in Schiedsgutachten, Rn. 62

³⁷ Risse in Wirtschaftsmediation, § 15 Rn. 2

nung ist, im Prozess eine kooperative Lösung durch Abschluss eines Vergleiches erreichen zu können, ist dies zumindest in der Rechtswirklichkeit noch ein gewichtiges Argument, nicht auf ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu verweisen.

Die Bestandteile der Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung im Einzelnen sind umstritten. Gemeinsam ist allen, dass ein Dritter von den Konfliktparteien ausgesucht wird und dieser dann als Beauftragter der Parteien bei der Konfliktlösung interveniert³⁸.

Folgende Grundtypen lassen sich dabei unterscheiden:

1. Mediation

Der Begriff der Mediation ist kein eindeutig abgrenzbarer Begriff, insbesondere sind die Übergänge zu anderen Formen der Konfliktlösung fließend.

Allerdings definiert die Mediationsrichtlinie die Mediation in Art. 3 lit a als „ein strukturiertes Verfahren, unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihres Streites zu erzielen“.

§ 1 des MediationsG enthält eine weitere, leider missglückte³⁹, Beschreibung der Mediation: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, in dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konfliktes anstreben. Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

Wesensmerkmale sollen nach beiden Definitionen daher sein: ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, die Freiwilligkeit der Streitparteien, die Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien bei der Erzielung von Lösungen, die Neutralität und fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators.

³⁸ Unberath in MediationsG, 1. Teil, Rn. 22

³⁹ Zirkelschluss: Mediation liegt vor, wenn ein Mediator tätig wird (Abs. 1) und ein Mediator ist jemand, der eine Mediation durchführt (Abs. 2)

§ 2 MediationsG regelt zentrale Elemente des Mediationsverfahrens und definiert die Aufgaben des Mediators im Verfahren. Insbesondere ist die in § 1 MediationsG enthaltene Freiwilligkeit hier nochmals erwähnt. § 3 MediationsG enthält die Regelungen über die Neutralität und § 4 MediationsG behandelt die Verschwiegenheitspflicht.

a) Strukturiertes Verfahren

Grundlage der Mediation ist ein zivilrechtlicher Mediatorvertrag, welcher weder im Schuldrecht BT, noch im MediationsG geregelt ist. § 2 I und II MediationsG betreffen den Abschluss des Mediatorvertrages und III und IV regeln die Durchführung der Mediation, V regelt die Beendigung der Mediation. § 2 MediationsG enthält somit einzelne Regelungen für das Verfahren, die auch im Mediatorvertrag nicht geändert werden können. Weiterhin sind für den Mediatorvertrag spezielle berufsrechtliche und prozessuale Vorschriften anzuwenden.

Zusammen mit der Regelungen des MediationsG soll die Mediation den Charakter eines geordneten Verfahrens haben. Da über die Regelungen des MediationsG hinaus keine Verfahrensordnung existiert, müssen sich die Beteiligten eine solche Verfahrensordnung über den Mediatorvertrag geben.

Wesentlich ist jedoch nicht nur die Verfahrensordnung als Regelung des einvernehmlichen Umgangs miteinander, sondern das spezielle Verfahren zur Lösung des Problems. Dabei liegt es im Ermessen des Mediators, das Verfahren entsprechend dem Ziel der Mediation zu strukturieren⁴⁰. Ziel der Mediation ist es, die Entscheidungsgrundlage der Parteien zu verbessern, sodass sie eine Entscheidung im Konflikt treffen können. Ziel ist somit nicht die Einigung schlechthin, sondern eine Verbesserung der Situation der Parteien, mit dem Konflikt sachgerecht umzugehen und eine interessengerechte Entscheidung treffen zu können. Eine Beendigung des Konfliktes durch eine Einigung, die auf einer Manipulation von Seiten des Mediators beruht, verfehlt den Zweck der Mediation und schadet den Parteien, schon weil dadurch der Konflikt nicht nachhaltig befriedet wäre⁴¹.

⁴⁰ Unberath, in MediationsG, 2. Teil, § 2 Rn. 47

⁴¹ Unberath, in MediationsG, 2. Teil, § 2 Rn. 49

Die Praxis zeigt, dass gerade dieser entscheidende Umstand von vielen Rechtsanwälten nicht erkannt wird. Rechtsanwälte sind der Meinung, dass eine Mediation dann erfolgt ist, wenn die Parteien eine Lösung für ihr Problem gefunden haben. Der entscheidende Aspekt, dass zwischen Positionen/Ansprüchen und dem Grundkonflikt, den Interessen/Bedürfnissen unterschieden werden muss, wird oft verkannt. Wenn Parteien den Konflikt mit Anwälten besprechen, wird in der Regel ein Anspruch formuliert. Dieser Anspruch geht auf Zahlung eines bestimmten Betrages oder Übergabe eines Bildes. Der Rechtsanwalt hat gelernt, Anspruchsgrundlagen zu suchen, die für das Begehren der Mandanten anwendbar sind und formuliert dann den Anspruch, die rechtlich eine Forderung darstellt. Diese Forderung ist die Position des Mandanten, die der Anwalt versucht zu erreichen.

Zu bedenken ist allerdings, dass die wirklichen Interessen/Bedürfnisse der Parteien, diesen gar nicht bewusst sind und erst ermittelt werden müssen⁴². Warum besteht der Bruder auf die Zahlung eines konkreten Geldbetrages von seinem Bruder, mit dem er eine Erbengemeinschaft nach dem Tode des Vaters bildet? Warum verlangt er gerade die Übergabe und Übereignung eines konkreten Bildes? Das Zahlungsverlangen und die Übergabe des Bildes sind die Positionen/Ansprüche.

Sowohl der Anwalt, als auch der Richter im nachfolgenden Prozess, prüft die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen, ob der Bruder tatsächlich dem Vater ein Darlehen gewährt hat, das Geld ausbezahlt hat, der Vater es nicht zurückgezahlt hat, die Brüder eine Erbengemeinschaft bilden, ein Vermächtnis bezüglich des Bildes für einen der Brüder besteht usw.

Ein Urteil oder ein Vergleich sagt nichts darüber aus, ob die Interessen/Bedürfnisse beider Brüder erfüllt wurden. Möglicherweise sind die beiden Ansprüche nur der Anknüpfungspunkt für die Interessen/Bedürfnisse, die bewusst oder unbewusst sein können. Diese sind dann zu bearbeiten. Wenn ein Urteil oder ein Vergleich die Positionen/Ansprüche erledigt, die Interessen/Bedürfnisse aber nicht angesprochen wurden, ist den beiden Brüdern nicht

⁴² Duve in Henssler/Koch, § 4 Rn. 62

nachhaltig geholfen worden⁴³.

Die Mediation versucht nun herauszufinden, warum der Zahlungsanspruch geltend gemacht und warum das konkrete Bild herausverlangt wird. Wenn sich dann beispielsweise herausstellt, dass zwischen den Brüdern und dem Vater ein jahrelanges, zumindest gefühltes, familiäres oder emotionales Ungleichgewicht im Verhältnis zueinander bestand, einer sich immer benachteiligt gefühlt hat, die Hingabe des Geldes als Darlehen ein Versuch war, den Vater für sich zu gewinnen, mit dem anderen Bruder emotional aufzuschließen, dann wird deutlich, dass eine Aussprache in diesem Bereich das eigentliche Interesse/Bedürfnis des Anspruchstellers darstellt. Wenn eine Klärung dieser Situation zwischen den Brüdern erfolgt ist, dann spielt die Zahlung unter Umständen überhaupt keine Rolle mehr, dann ist unter Umständen der Anspruchsteller selbst dann vollkommen zufriedengestellt, wenn er auf die Zahlung komplett verzichtet.

Auch bei der Herausgabe des Bildes kann sich in der Mediation herausstellen, dass das Bild in der Familie des einen Bruders eine Geschichte hat und daher ein großes Affektionsinteresse besteht, während der andere Bruder die Herausgabe aus persönlichen Gründen verweigert, die in einer Auseinandersetzung der Brüder in deren Jugendzeit ihre Wurzeln hat. Der Konflikt um das Bild wäre somit auch hier nur Ausdruck des alten Konfliktes, bzw. Mittel, bestehende Interessen/Bedürfnisse aus dem alten Konflikt zu klären und zu bearbeiten. Wenn dies in der Mediation erfolgt ist, kann eine Befriedigung der dann transparenten Interessen/Bedürfnisse unter Umständen durch viele Lösungsmöglichkeiten bearbeitet werden. Auch hier kann dann das Bild zur Nebensache werden.

Entscheidend ist bei der Mediation daher nicht möglichst kostengünstig und schnell eine Erledigung der Positionen/Ansprüche zu erreichen, sondern die Klärung von Interessen/Bedürfnissen. Wenn diese geklärt sind, ist es oftmals für die Parteien sehr einfach, die Positionen/Ansprüche zu erledigen, bzw. eine Einigung darüber zu erzielen.

⁴³ Trossen, Mediation ist DIE – oder KEINE Alternative, ZRP 2012, 23

Die Klärung von Interessen/Bedürfnissen zu erreichen wird mit dem Phasenmodell versucht⁴⁴. Stark vereinfacht lassen sich folgende Phasen der Mediation unterscheiden:

aa) Vorvertragliche Phase

Die Phase der Vertragsanbahnung bezieht sich auf den Abschluss des Mediatorvertrages. Im Wesentlichen bestehen Aufklärung- und Schutzpflichten nach §§ 311 II, 241 II BGB. Die Parteien werden über das Mediationsverfahren aufgeklärt, die konkrete Vorgehensweise und die Kosten werden vereinbart und das Verfahren endet mit Abschluss des Mediatorvertrages.

bb) Bestandsaufnahme (Konfliktschilderung, Themen-Sammlungen)

In dieser Phase werden die Positionen/Ansprüche der Medianden ermittelt. Die Medianden schildern den Konfliktfall grob aus ihrer Sicht und es wird das Thema der Mediation mit den Medianden festgelegt. Dies kann auf der einen Seite die Wiederholung der geltend gemachten Positionen/Ansprüche sein, wie zum Beispiel die Rückzahlung des Darlehensvertrages und Herausgabe des Bildes, kann sich allerdings aber auch schon auf einen größeren Bereich ausweiten, wie zum Beispiel die sinnvolle Abwicklung der Erbschaft insgesamt.

cc) Klärungsphase (Interessen/Bedürfnis-Findung)

In dieser Phase werden die den jeweiligen Positionen/Ansprüchen der Medianden zugrunde liegenden Interessen/Bedürfnisse ermittelt und gleichzeitig den Medianden gegenseitig vermittelt. Die Medianden sollen in dieser Phase verstehen, welche Interessen/Bedürfnisse sie selbst haben, die durch die eingenommenen Positionen/Ansprüche zum Ausdruck kommen und gleichzeitig sollen diese Interessen/Bedürfnisse so dargestellt werden, dass auch der andere Mediand diese versteht.

Dieses ist die wichtigste Phase, die sich von jedem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung grundsätzlich unterscheidet. Die Ermittlung der Interessen/Bedürfnisse der Parteien ist ein außerordentlich schwieriger Vorgang, der nicht nur hohes emphatisches Verhalten des Mediators erfordert,

⁴⁴ vergl. Mondata/Kals, S.220 ff.; Besemer S. 76 ff., Ballreich/Glasl S. 60 ff.; Duwe/Eidenmüller/Hacke, S.77 ff.; Risse, § 5

sondern auch die fundierte Kenntnis von Mediationstechniken, wie z.B. Zusammenfassen, Fokussieren, Paraphrasieren, positives Umformulieren, Zukunftsorientieren, Partialisieren, reflektives und zirkuläres Fragen, Prozesse verlangsamen, Würdigen des Konflikts, Verändern der Konflikt-Spielregeln⁴⁵, wie sie nur durch eine fundierte Ausbildung zu erlangen sind⁴⁶. Falls dieser Prozess nicht fachgerecht durchgeführt wird, werden die Parteien weder die ihnen bekannten Interessen/Bedürfnisse offenbaren, noch können bisher nicht präsente Interessen/Bedürfnisse der Parteien erhell werden. Die Mediation schlägt in diesen Fällen fehl, auch wenn am Schluss ein irgendwie geartetes Ergebnis erzielt wird.

Die oftmals zu vernehmende Aussage von Rechtsanwälten und Richtern, dass Mediationen auch in der Vergangenheit schon immer durchgeführt wurden, stellte sich in vielen Fällen als reine Unkenntnis der Mediation heraus. Mediation ist keine Streitschlichtung und zielt nicht primär auf eine Beendigung des Verfahrens ab. Mediation zielt primär darauf ab, dass die Parteien ihre eigenen Interessen/Bedürfnisse verstehen und diese Interessen/Bedürfnisse jeweils auch der anderen Seite verständlich gemacht werden. Dabei geht es nicht darum, dass die eigenen Interessen/Bedürfnisse von der Gegenseite akzeptiert werden, ausschlaggebend ist allein das Verstehen. Ohne entsprechende Kenntnisse über die psychologischen Zusammenhänge, die richtige Vorgehensweise und die Anwendung von zielführenden Techniken, dürfte ein entsprechendes Gespräch schwerlich zu führen sein.

dd) Konfliktlösungsphase

In dieser Phase unterbreiten die Mediatoren Lösungsvorschläge, die sich auf die jeweiligen Interessen/Bedürfnisse des anderen Mediatoren beziehen. Die Mediatoren erklären somit an dieser Stelle nicht, welche Lösungen sie für ihre eigenen Interessen/Bedürfnisse gerne sehen würden, sondern welche Lösungen sie für die jeweiligen Interessen/Bedürfnisse des anderen anbieten könnten. Aus der Sammlung unterschiedlichster Lösungsvorschläge sollen dann die Mediatoren in der Lage sein, die akzeptablen Lösungen zu benennen und ge-

⁴⁵ Dietz, Werkstattbuch Mediation, S. 55

⁴⁶ *Trenczek*, ZRP 2008, S. 186; Ulrich/Vogt, Mediation in der Praxis 2009, S. 306

gebenenfalls sich zu einigen.

Diese Phase ist oftmals im Vergleich zur Klärungsphase wesentlich schneller und einfacher abzuarbeiten. Wenn die Parteien in der Klärungsphase verstanden haben, dass die Gegenseite nicht einfach in die Kategorie „schlechter/böser/verrückter Mensch“ einzuordnen ist, sondern nachvollziehbare Gründe hat, die man zwar nicht akzeptieren muss, aber aus Sicht der anderen Seite verständlich sind, wird es den Beteiligten leichter fallen, eine Einigung zu erzielen.

ee) Vertrag erstellen

In dieser Phase werden die Lösungen, auf die sich die Medianden geeinigt haben, in eine justitiable Form gebracht. Es wird ein Vertrag erstellt zur Vorlage an die beteiligten juristischen Vertreter, bzw. als Vergleichsvorschlag ans Gericht.

b) Vertraulichkeit des Verfahrens

§ 1 I MediationsG nennt die Vertraulichkeit an erster Stelle als Wesensmerkmal der Mediation. Nach der Mediationsrichtlinie ist die Vertraulichkeit jedoch kein Kriterium für das Vorliegen einer Mediation. Die Parteien sollen auf die Vertraulichkeit somit auch verzichten können⁴⁷. Dies gilt auch für die Verschwiegenheit des Mediators. Falls die Medianden auf die Vertraulichkeit und die Verschwiegenheit verzichten, verliert das Verfahren dadurch nicht seinen Charakter als Mediation⁴⁸. Im Gegenzug können diese beiden Merkmale auch nicht Wesensmerkmale der Mediation sein.

Die Vertraulichkeit und Verschwiegenheit bestehen jedoch grundsätzlich und sind bei fehlendem Verzicht der Medianden zwingend einzuhalten. Die Vertraulichkeit ist in den meisten Fällen die tatsächliche Voraussetzung dafür, dass das strukturierte Phasenmodell erfolgreich durchgeführt werden kann.

c) Freiwilligkeit der Streitparteien

Die Freiwilligkeit umschreibt die Privatautonomie des Verfahrens. Der Staat kann keinen Zwang dahingehend ausüben, dass die Konfliktparteien die Lösung ihres Problems durch Verhandlungen miteinander erarbeiten. Daran än-

⁴⁷ Guckelberger, NVwZ 2011, 390, 393

⁴⁸ Risse, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 245

dert auch die Tatsache nichts, dass eine gesetzliche Vorschrift oder eine richterliche Entscheidung die Mediation als Voraussetzung für die Einleitung oder die Fortsetzung eines gerichtlichen Verfahrens anordnet. Der mittelbare Druck, der durch eine solche Anordnung entsteht, verstößt nicht gegen das Freiwilligkeitspostulat, denn die Medianden haben das Recht, die Mediation jederzeit abzubrechen und faktisch nicht durchzuführen.

Der Begriff der Freiwilligkeit im Sinne der Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bezeichnet somit nicht den Aspekt, ob das Verfahren ohne Zwang (gerichtliche Anordnung oder faktischer Druck) aufgenommen wurde, sondern, dass die Medianden sich persönlich bereit erklären, der vielfach sehr weitgehenden Offenbarung von persönlichen Befindlichkeiten zuzustimmen. Man könnte grundsätzlich der Meinung sein, dass einer Mediation sowieso nur zugestimmt wird, weil ein gewisser Druck und daher Zwang besteht. Die Umstände zwingen die Medianden zu einer Konfliktlösung. Eine Mediation wird daher nie ohne einen zwingenden Grund erfolgen. Dabei ist es dann unbeachtlich, ob sich der Zwang zur Mediation aus den Umständen, einem Gesetz oder einer richterlichen Anordnung ergibt. Wenn die Medianden sich entschließen, sich für die Mediation und deren Verfahren zu öffnen, dann ist dies mit Freiwilligkeit gemeint. Zu dieser Öffnung kann niemand gezwungen werden, auch nicht durch Gesetz oder richterliche Anordnung. Wenn die Medianden nur vermeintlich einer Mediation und der damit zusammenhängenden Öffnung ihrer Interessen/Bedürfnisse zustimmen, wird eine Mediation nicht erfolgreich sein. Die Medianden müssen sich öffnen und dazu bereit sein. Wenn sie das sind, dann ist die Freiwilligkeit gegeben.

d) Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien bei der Erzielung von Lösungen
Ein Hauptmerkmal der Mediation soll die Eigenverantwortlichkeit sein⁴⁹. Die Medianden sollen eigenverantwortlich eine einvernehmliche Regelung herbeiführen. Greger erklärt, dass kein anderes Verfahren in vergleichbarer Weise garantiert, dass wenn am Ende eine Regelung steht, die den Interessen/Bedürfnissen beider Parteien am besten entspricht, die auch vorbehaltlos

⁴⁹ Greger, in MediationsG, 2. Teil, § 1 Rn. 33

akzeptiert wird und nachhaltige Wirkung entfaltet⁵⁰.

e) Neutralität und fehlende Entscheidungsbefugnis des Mediators

Der Mediator kann nur dann eine Mediation führen, wenn er nicht als Richter oder mittels einer Vereinbarung der Parteien als Schiedsrichter dazu berufen ist, in der betreffenden Sache zu entscheiden. Im Einzelnen bestehen an dieser Stelle jedoch viele Unklarheiten.

Falls ein Prozessrichter mit mediatorischen Mitteln einen Vergleich erzielt, soll er nach Art. 3 lit. a II der Richtlinie 2008/52/EG dennoch kein Mediator sein und umgekehrt darf ein Mediator auch dann nicht einen Vergleichsvorschlag unterbreiten, wenn er von dem Medianden dazu gebeten wird. Nach Unberath soll ein unterbreiteter Vergleichsvorschlag selbst dann eine Schlechtleistung des Mediatorvertrages sein, wenn er auf Wunsch der Medianden erfolgt und zum Ziel (zufriedene Medianden) führen sollte⁵¹.

Es ist zuzustimmen, dass Mediator nur sein kann, wer in der Sache nicht entscheidungsbefugt ist. Ansonsten ist er Richter oder Schiedsrichter. Allerdings wird ein Mediator nicht zum Nichtmediator, wenn er einen Vorschlag unterbreitet. Auch liegt keine Schlechterfüllung des Vertrages vor, wenn die Medianden mit dem Ergebnis zufrieden sind. Hier ist eine differenzierende Betrachtungsweise erforderlich: Ausschlaggebend ist nicht die Tatsache, ob ein Vorschlag vom Mediator unterbreitet wird, sondern worauf dieser beruht. Wenn die Medianden ihre Interessen/Bedürfnisse vollständig geklärt und offenbart haben, beide Medianden Vorschläge für die Bedürfnisbefriedigung gemacht haben, muss es einem rechtskundigen Mediator erlaubt sein, einen Vorschlag für die rechtliche Umsetzung zu unterbreiten⁵². Richtig ist allerdings, dass dieser Vorschlag nicht anstelle der Interessen-/Bedürfnisklärung erfolgen darf oder sie sogar ersetzt. Der Vorschlag darf daher nur insofern erfolgen, als dass er die von den Medianden gefundene Interessen-/Bedürfnisbefriedigung so umsetzt, dass daraus ein rechtswirksamer Vergleich geschlossen werden kann.

f) Weitere Merkmale

⁵⁰ Greger, in MediationsG, 2. Teil, § 1 Rn. 33

⁵¹ Unberath, in MediationsG, 2. Teil, § 2 Rn. 175

⁵² Risse, Wirtschaftsmediation, § 9 Rn. 131; Mondata/Kals, Mediation, S. 50 ff.

Die weiteren Merkmale im Gesetz, dass zwei oder mehr Streitparteien vorhanden sein müssen und dass der Streit mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren bearbeitet werden muss, sind keine Wesensmerkmale. Die Anzahl der Streitparteien ist in der Regel bei allen Verfahren unerheblich und die Anzahl der beteiligten streitschlichtenden Personen ebenfalls.

Keine besondere Erwähnung hat allerdings die Tatsache gefunden, dass eine Mediation grundsätzlich voraussetzt, dass die Streitparteien höchstpersönlich anwesend sind. Das hängt mit dem Umstand zusammen, dass es bei der Mediation darum geht, dass die persönlichen Interessen/Bedürfnisse der Streitparteien geklärt werden. Dies kann nur dann geschehen, wenn diese Parteien an der Mediation persönlich teilnehmen. Eine Vertretung durch Rechtsanwälte sollte grundsätzlich nicht stattfinden.

In dem Zusammenhang ist es auch möglich, die Personen in die Mediation zu integrieren, die maßgeblich am Konflikt beteiligt sind, ohne Partei zu sein. Gerade wenn die formale Position als Partei zur zufällig ist und die Konflikte mit der formal nicht zuständigen Person bestehen, ist eine Mediation nur unter Hinzuziehung der anderen Person sinnvoll. Gerade in den Fällen von Abtretung der Forderung zur Geltendmachung und Gewinnung einer Zeugenposition, ist der Zessionar die entscheidende Streitpartei in der Mediation. Auch wenn der Streit z.B. mit der Lebensgefährtin des Mieters und der Lebensgefährtin des Vermieters, die alle im selben Haus wohnen, besteht, so sollten alle Beteiligten an der Mediation teilnehmen.

Das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Streitparteien wird hier jedoch nicht als Wesensmerkmal der Mediation behandelt, sondern als Ausschlussgrund nach Abwägung aller Umstände.

2. Schiedsgutachten

Bei einem Schiedsgutachten wird ein Teil der streitigen Materie durch einen Fachmann geklärt. Unabhängig von der Frage, ob und in welchem Umfang es möglich ist, vertraglich die Übertragung von Klärungsfragen einem Gutachter zu übertragen und ob und in welchem Umfang die Parteien dies in einem begin-

nenden Konflikt tun können, ist die Situation eines laufenden Prozesses eindeutiger.

Das Gericht kann i.R. auf Anregung der Parteien nach § 403 ZPO einen Gutachter mit der Klärung von Einzelfragen beauftragen. Eine solche Beauftragung ist auch ohne Anregung der Parteien möglich, denn das Gericht darf und muss von Amts wegen unter Umständen sogar schon vor der mündlichen Verhandlung ein Gutachten einholen, wo seine eigene Sachkunde zur Auswertung der erforderlichen Tatsachen nicht ausreicht.

Das Sachverständigengutachten nach §§ 402 ff. ZPO ist ein Beweismittel, also nur zur Feststellung von Tatsachen und nicht zur Klärung von Rechtsfragen einsetzbar. Auch für die Auslegung eines Vertrages kann der Sachverständige nur die tatsächliche Grundlage vermitteln, wie zum Beispiel das Verständnis innerhalb bestimmter Verkehrskreise. Im Gegensatz dazu ist der Schiedsgutachter kein gerichtlich bestellter Sachverständiger, sondern ein von den Parteien vertraglich bestellter Dritter, dem nicht nur die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen übertragen werden kann, sondern auch die Entscheidung vortrefflicher Rechtsfragen. Der BGH führt dazu aus: „Es mag sein, dass im Ergebnis die Stellung eines Schiedsgutachters der eines Schiedsrichters sehr ähnlich sein kann. Das ändert aber nichts daran, dass es nicht ausgeschlossen ist, dem Schiedsgutachter auch eine rechtliche Beurteilung zu übertragen, von der die von ihm treffende Tatsachenfeststellung in der Weise abhängt, dass dies ohne vorherige Beantwortung der vortrefflichen Rechtsfragen nicht vorgenommen werden kann⁵³.

Für den Schiedsgutachter gelten die §§ 402 ff. ZPO nicht. Das Schiedsgutachten ist weder im BGB noch in der ZPO erwähnt. In den Lehr- und Handbüchern zum Schiedsverfahren wird es, wenn überhaupt, nur am Rande behandelt, desgleichen in der zivil- und zivilprozessrechtlichen Literatur. Es wird mit Analogien und allgemeinen Erwägungen gearbeitet, eine klare Dogmatik des Schiedsgutachtenrechts hat sich bisher noch nicht entwickelt⁵⁴.

⁵³ BGHZ 48,25; BGH NJW 75,1556

⁵⁴ Greger, Schiedsgutachten, Rn. 1

Für das Gericht sind die Ausführungen des Schiedsgutachters verbindlich, die lediglich bei offensichtlicher Unbilligkeit, bzw. Unrichtigkeit entfällt⁵⁵. Aber auch dieser Vorbehalt kann abbedungen werden.

Der Streit wird jedoch nicht durch das Schiedsgutachten entschieden, sondern es werden Einzelaspekte geklärt, um dann den Parteien oder dem Gericht die Entscheidung über den Streitgegenstand zu erleichtern.

Dies ist auch der entscheidende Unterschied zum Schiedsverfahren, wo der Streitgegenstand im Ganzen oder teilweise durch ein Schiedsgericht entschieden wird. Im Schiedsgutachten erfolgt dies nicht, sondern es wird nur über einen Teilaspekt im Vorfeld der Streitentscheidung entschieden.

Allerdings kann der Schiedsgutachter als Modifikation auch damit beauftragt werden, ein unverbindliches Gutachten zu erstellen, sodass über die zu beurteilende Materie nicht abschließend entschieden, sondern nur ein Vorschlag unterbreitet wird.

Sinnvolle Anwendungsbereiche für Schiedsgutachten sind die Konfliktbeziehungen, bei denen es nicht nur um die Feststellung eines Problems geht, sondern auch um die Behandlung dieses Problems, insbesondere dessen Beseitigung. Gerade in Kauf-, Miet- oder Bauwerkbeziehungen kann fraglich sein, ob Mängel vorliegen, wie hoch die Minderung ist und wann die Miethöhe angemessen ist. In diesem Fall kann ein Schiedsgutachten zum Beispiel bei verderblichen Waren nicht nur die Abweichung der Ware von der vertraglich vereinbarten Qualität feststellen, sondern in der erforderlichen Zeit auch Lösungsvorschläge für die Verwertung unterbreiten und Schadenshöhen festlegen.

Insgesamt bietet sich ein Schiedsgutachten immer dann an, wenn es um sachlich technische Fragen geht, die der Richter nicht selbst beurteilen kann, sondern dafür einen Sachverständigen benötigt. Hier sollten die Parteien überlegen, statt des gerichtlichen Sachverständigengutachtens, ein eigenes Gutachten in Auftrag zu geben, bei dem sie frei in der Verfahrensweise, im Umfang und in der Bindungswirkung sind. Insbesondere, wenn zu besorgen ist, dass der Sachverständigenbeweis Monate oder gar Jahre dauern kann, entspre-

⁵⁵ BGHZ, 335/40; BGH NJW 96,452

chende Kosten aufwirft, weil es Konfliktpotenzial beinhaltet, wie Vorlage eines abweichenden Privatgutachtens, Anträge auf Ergänzungs- oder Obergutachten, sowie auf mündliche Anhörung des Sachverständigen und Ablehnungsverfahren nach § 406 ZPO. Ein Schiedsgutachten bietet hier den Vorteil, dass die Parteien den Gutachter selbst auswählen, das Verfahren bestimmen und auch den Einwand des § 319 I BGB abbedingen können. In einem solchen Fall ist damit zu rechnen, dass die zu klärende Frage schneller und günstiger bearbeitet ist und der Prozess früher beendet werden kann.

Allerdings wird die Akzeptanz des Schiedsgutachtens auch weiterhin davon beeinflusst sein, dass der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 10.10.91⁵⁶ die vorformulierte Vertragsklausel, mit der die Feststellung eines Baumangels und die Art und Weise der Beseitigung auf einen vereidigten Sachverständigen als Schiedsgutachter übertragen wurde, für unwirksam erklärt. Die Norm würde gegen § 9 AGB-Gesetz (jetzt § 307 BGB) verstoßen, da die Vereinbarung eines Schiedsgutachtens für den Besteller zu einem unangemessenen hohen Risiko führen würde.

3. Schiedsverfahren mit Entscheidungsbefugnis

Das Schiedsverfahren mit Entscheidungsbefugnis ist in den §§ 1025 – 1059 ZPO geregelt.

Bei dieser Art von Konfliktlösung ermächtigen die Parteien eine Privatperson dazu, gewisse Konflikte anstelle der staatlichen Gerichte durch einen bindenden Schiedsspruch nach § 1055 ZPO, zu entscheiden. Es muss das Schiedsverfahren anstelle des Verfahrens vor den staatlichen Gerichten unter Ausschluss staatlicher Gerichte gewünscht sein. Soll der Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten unbefristet offen bleiben, liegt nur eine Güte- oder Schlichtungsvereinbarung ohne Entscheidungsbefugnis vor⁵⁷.

Dabei können die Parteien das Schiedsverfahren nach § 1042 III ZPO frei gestalten.

⁵⁶ BGHZ 115, 329 = NJW 92, 433

⁵⁷ Prütting, ZZP 99 (1986), 97

Ähnlich wie das staatliche Gericht, wendet das Schiedsgericht rechtsstaatliche Maßstäbe an, wobei die Parteien nach § 1051 III ZPO auch hier das Schiedsgericht zu einer Entscheidung nach Billigkeit, ermächtigen und ihm damit einen größtmöglichen Entscheidungsspielraum einräumen können.

Gegenüber einem Prozess wird daher ein Gestaltungsspielraum eröffnet, der so weit gehen kann, dass nur ein Widerspruch zu einer für die Rechtsordnung grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers zur Aufhebung führt⁵⁸.

Die Parteien schließen dazu eine Schiedsvereinbarung. Dies ist ein Prozessvertrag⁵⁹ und eine Art Rechtsprechungsakt⁶⁰, der zwischen den Parteien schon bei Begründung des Rechtsverhältnisses geschlossen werden kann, aber auch noch im laufenden Prozess, um den Prozess durch eine alternative Konfliktbeilegung zu beenden.

Die schiedsrichterlichen Verfahren können Vorteile gegenüber dem prozessualen Verfahren haben, sodass es sich für die Parteien auch lohnen kann, nach Einlegung der Klage einvernehmlich ein Schiedsverfahren, als ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, zu wählen.

Das Schiedsverfahren kann zu einer deutlichen Beschleunigung bei der Konfliktlösung führen. Die Schiedsrichter können unabhängig terminieren und durch die zivilrechtliche Beauftragung können Fristen vereinbart werden. Zudem kann sich Rechtssicherheit dadurch früher einstellen, dass zumindest eine (Berufung), wenn nicht sogar zwei (Revision), Instanzen vermieden werden können.

Bei entsprechenden Materien kann es vorteilhaft sein, als Schiedsrichter einen Spezialisten zu wählen, dessen berufliche Tätigkeit auf die zu bearbeitenden Materie konzentriert ist. Dies wird in der Regel eine entsprechende Kompetenz nach sich ziehen und gewährt, dass diese Kompetenz auch in die Entscheidung einfließt.

Insbesondere bei Verfahren mit internationalen Bezügen kann es vorteilhaft sein, entsprechende Fachleute als Schiedsrichter einzuschalten. Insbesondere

⁵⁸ BGH NJW 2009, 1215

⁵⁹ BGHZ 99,143, 147

⁶⁰ Habscheid, Schweizer ZPR Rn. 833, 828

wenn der Prozess begonnen hat, kann den Parteien durch das Gericht vermittelt werden, dass für diese Sondermaterie ein spezialisierter Schiedsrichter die bessere Lösung sei.

In diesem Bereich gibt es institutionelle Schiedsgerichte mit festen Organisationen und überprüften Verfahrensordnungen. Die nationale und internationale Anerkennung dieser Organisationen bietet auch eine nicht zu unterschätzende moralische Bindungswirkung für die Beteiligten.

Im nationalen Bereich ist das ständige Schiedsgericht beim Deutschen Ausschuss für Schiedsgerichtswesen als großes unabhängiges institutionelles Schiedsgericht zu erwähnen. Weiterhin stellen die Berufs- und Wirtschaftsverbände ihren Mitgliedern branchenspezifisch entwickelte, institutionelle Schiedsgerichte zur Verfügung. Im internationalen Bereich sind die ständigen Schiedsgerichte bei den Handelskammern bekannt, wie zum Beispiel die Internationale Handelskammer Paris oder Stockholm, die Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Wien und die Handelskammer in Zürich.

Die Einschaltung eines Schiedsgerichts ist auch dann sinnvoll, wenn eine Partei den Prozess als Druckmittel verwendet, um die Gegenseite zum Handeln zu zwingen. Dann kann in einer Teilklage oder durch eine Klage, bezogen auf einen Teil des Streites, ein Prozess in Gang kommen, in dem die Parteien nun zum Handeln gezwungen werden, aber der Prozess den Gesamtkonflikt insgesamt nur unzureichend umfasst und löst. In diesem Fall bietet sich eine schiedsrichterliche Lösung an, da weitere, kostenintensive und komplizierte Probleme in die schiedsrichterliche Beauftragung einbezogen werden können.

Weiterhin können durch die privatrechtliche Beauftragung des Schiedsrichters auch praktische Lösungsvorschläge unterbreitet werden, die mangels Antragsmöglichkeit nicht Gegenstand des Urteils sein können.

Weiterhin können die Parteien vereinbaren, dass die Öffentlichkeit ausgeschlossen wird, was bei besonders sensiblen Daten von Vorteil sein kann.

Soweit eine zweite Instanz vermieden werden kann, kann das Schiedsverfahren auch erhebliche Kosten ersparen. Insbesondere wenn in der Schiedsvereinbarung auch die Lösungen von zwingend zu lösenden Problemen einbezogen

werden, die durch den Prozess nicht entschieden werden könnten, kann dies zu erheblichen Kosteneinsparungen führen.

Sinnvolle Anwendungsbereiche für Schiedsgutachten sind beispielsweise

Betriebsübergänge: Insbesondere die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens dürfte hier ein Vorteil sein. Auch die mögliche Sachkompetenz und persönliche Kompetenz kommt hier besonders zum Tragen.

Bauträger und Anlagenvorgänge: Bei der Anwendung von spezieller gesetzlicher Materie und dem Erfordernis von großem Sachverstand im Bauwesen, liegt die Einschaltung eines speziellen Schiedsrichters, der Ingenieur und Jurist sein kann, nahe. Insbesondere auch die Tatsache, dass eine Verzögerung des Baufortgangs enorme Kosten nach sich ziehen kann, liegt eine Beschleunigung durch ein Schiedsverfahren nahe. Auch bietet es sich an, weitere Vertragspartner, wie Subunternehmen, in die Konfliktlösung miteinzubeziehen. Insbesondere wenn die Subunternehmerverträge Schiedsklauseln beinhalten, kann eine Gesamtlösung erarbeitet werden.

Gesellschaftsrecht: Gerade im Gesellschaftsrecht wird oftmals versucht, die Öffentlichkeit auszuschließen, damit keine Interna nach außen dringen. Auch hier können komplizierte gesellschaftsrechtliche Bewertungen die Beteiligung von Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern erfordern. Dabei bietet es sich an, nicht nur das gerichtlich beantragte Ergebnis zu erzielen, sondern auch eine Lösung zu erarbeiten. Insbesondere bei Anfechtung- und Nichtigkeitsklagen gegen Beschlüsse von Hauptversammlungen, bzw. Gesellschafterversammlungen wäre ein anderweitiges Ergebnis, als die Unwirksamkeit des Beschlusses, oftmals vorzuziehen, die jedoch nur unter Einschaltung von Spezialisten möglich sein dürfte.

4. Schlichtung ohne Entscheidungsbefugnis

Der Begriff der Schlichtung ist gesetzlich nicht eindeutig geregelt. Selbst § 15 a EGZPO trifft hier keine einengende Entscheidung und auch die auf dieser Ermächtigung erlassenen Landesgesetze sind nicht einheitlich.

Daher gibt es auch keine generellen verbindlichen eindeutigen Verfahrensregelungen und anwendbaren Standards. Grundlegend ist allerdings festzuhalten dass der Aspekt der fehlenden Entscheidungsbefugnis das Hauptkriterium des Schlichterspruches ist. Ein Schlichtungsverfahren ist daher ein Verfahren der Konfliktlösung, bei dem ein von beiden Parteien beauftragter neutraler Dritter diesen bei der Suche nach einer einvernehmlichen Lösung dadurch unterstützt, dass er ihnen einen unverbindlichen Lösungsvorschlag unterbreitet⁶¹.

In § 15 a EGZPO hat der Gesetzgeber die Länder ermächtigt, für bestimmte Streitgegenstände ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vorzuschreiben. Von der Ermächtigung für die Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens haben folgende Bundesländer Gebrauch gemacht: Baden-Württemberg (Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung - Schlichtungsgesetz - SchliG), Bayern (Bayerisches Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung in Zivilsachen und zur Änderung gerichtsverfassungsrechtlicher Vorschriften (Bayerisches Schlichtungsgesetz - BaySchliG), Brandenburg (Brandenburgisches Schlichtungsgesetz - BbgSchliG), Hamburg (Gesetz über die Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle - ÖRA-Gesetz), Hessen (Gesetz zur Regelung der außergerichtlichen Streitschlichtung - HSchliG, HE), Mecklenburg-Vorpommern (Schiedsstellen- und Schlichtungsgesetz - SchStG M-V), Niedersachsen (Niedersächsisches Schlichtungsgesetz (NSchliG), Nordrhein-Westfalen (Gütestellen- und Schlichtungsgesetz - GüSchliG NRW; §§ 10 ff. GüSchliG NRW), Rheinland-Pfalz - keine gesetzliche Regelung, aber Anerkennung einer Gütestelle durch Justizministerium möglich, Saarland (Landesschlichtungsgesetz - LSchliG), Sachsen (Sächsisches Schieds- und Gütestellengesetz - SächsSchiedsGütStG), Sachsen-Anhalt (SchStG; §§ 34a ff. SchStG), Schleswig-Holstein (Landesschlichtungsgesetz - LSchliG).

Erst nach Erfolglosigkeit dieses Verfahrens ist dann eine Klage zulässig. Umfasst werden vermögensrechtliche Streitigkeiten vor den Amtsgerichten in vermögensrechtlichen Streitigkeiten über Ansprüche, deren Gegenstand an Geld

⁶¹ Greger/V. Münchhausen, Rn. 22; Prütting, Rn. 5; siehe auch etwa Art 1 I S. 4 BaySchliG

oder Geldeswert bei Einreichung der Klage 750 Euro nicht übersteigt, Streitigkeiten über Ansprüche aus dem Nachbarrecht nach den §§ 910, 911, 923, 906 BGB. Weiterhin, wenn es sich um Streitigkeiten über Ansprüche wegen Verletzung der persönlichen Ehre, die nicht in Presse oder Rundfunk begangen worden sind, Streitigkeiten über Ansprüche nach Abschnitt 3 des AGG, handelt.

Die durch die Länder erlassenen Gesetze regeln das Schlichtungsverfahren relativ genau, was diesen Gesetzen einen gewissen Mustercharakter für eine Schlichtung insgesamt verleiht. Allerdings gibt es Unterschiede und auch die Möglichkeit einer Mediation ist beispielsweise im BAYSchlG vorgesehen.

In Deutschland gibt es zahlreiche spezialisierte institutionelle Schlichtungsverfahren, wie beispielsweise die Schlichtungsstelle der Ärztekammern, der Zahnärztekammern, der Architektenkammern, der Rechtsanwälte usw. Hier ist im Detail festgelegt, für welche Streitigkeiten die Institutionen in Anspruch genommen werden können, welcher Maßstab anzulegen ist und wie das Verfahren ausgestaltet ist. Typisch ist die branchenspezifische Ausrichtung, die einen hohen Sachverstand in der Sache garantiert.

Vorgesehen sind auch individuell vereinbarte Schlichtungen, so weit die Konfliktparteien die Expertisen von Spezialisten für ihre Konfliktlösung einbinden wollen. Eine solche Schlichtung kann vorab auf die Interessen/Bedürfnisse generell zugeschnitten werden, im Einzelfall ist dies noch individueller möglich. Die Konfliktparteien können sich hier an der Schlichtungsordnung in den Landeslichtungsgesetzen orientieren oder an den Verfahren der institutionelle Schlichtungsverfahren. Diese Verfahren können dann für den Einzelfall modifiziert werden. Entscheidend ist, dass das Ergebnis eines solchen Schlichtungsverfahrens der unverbindliche Schlichterspruch ist. Die Parteien haben die Wahl, diesen gänzlich oder in Teilen anzuerkennen oder zumindest Begründungen zu übernehmen. Eine nachfolgende oder weiter geführte gerichtliche Überprüfung ist dadurch nicht ausgeschlossen, könnte jedoch erleichtert sein.

D Abgrenzungsmerkmale der Verfahren

Wenn das Gericht den Parteien nach § 278 a ZPO eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen möchte, ist es erforderlich, die Abgrenzungsmerkmale der Verfahren herauszuarbeiten, um eine eindeutige Unterscheidung vornehmen zu können. Nur dann ist es möglich, aufgrund des spezifischen Bedarfes oder der spezifischen Situation im Prozess die passende außergerichtliche Konfliktbeilegung zu wählen. Die obigen Bestandteile sind daher nochmals daraufhin zu überprüfen, ob sie als Abgrenzungsmerkmale zwischen den einzelnen Konfliktbeilegungsverfahren herangezogen werden können.

1. Strukturiertes Verfahren

Grundlage für das strukturierte Mediationsverfahren ist der zivilrechtliche Mediatorvertrag i.V.m. den Regelungen des MediationsG. Allerdings können die Parteien, soweit sie einvernehmlich ein anderes außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren wählen, sowohl mit dem Schiedsgutachter, als auch mit dem Schiedsrichter oder Schlichter ebenso einen zivilrechtlichen Vertrag schließen und auch in diesem Vertrag die Anwendung spezieller Verfahrensregelungen vereinbaren. Es ist daher die Frage der grundsätzlichen Möglichkeit des Vorliegens oder Vereinbarung einer strukturierten Verfahrensordnung kein wirksames Unterscheidungskriterium.

Ausschlaggebend wäre hier zu fragen, wozu das strukturierte Verfahren dienen sollte, welches Ziel es hat und welche Art von strukturiertem Verfahren dafür erforderlich ist.

Wenn die Parteien durch das außergerichtliche Konfliktlösungsverfahren anstreben, die Entscheidungsgrundlage so zu verbessern, dass sie eigenverantwortlich eine Entscheidung zur Konfliktlösung treffen können, kann die Wahl des Phasenmodells als geeignetes strukturiertes Verfahren erforderlich sein. In einem solchen Fall ist gerade ein Verfahren mit Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf den außergerichtlichen Schlichter ausgeschlossen, sodass als abzugrenzendes Verfahren nur noch die Schlichtung ohne Entscheidungs-

befugnis verbleiben würde. In diesem Falle wäre die direkte Wahl der vorhandenen gesetzlichen Regelungen oder institutionellen Verfahrensregelungen oder eine Modifikation davon anwendbar.

Somit ist an dieser Stelle entscheidend, welches Ziel verfolgt wird.

In beiden Fällen soll der Dritte eine Basis für eine eigenverantwortliche Entscheidung der Parteien schaffen. Der wesentliche Unterschied zwischen der Einschaltung eines auf einem Fachgebiet ausgewiesenen Spezialisten und eines Mediatoren liegt darin, dass der Spezialist insbesondere sein Fachwissen in die Lösungsfindung einbringen soll, während der Mediator die Kommunikation zur Erhellung der Interessen/Bedürfnisse der Parteien einsetzt. Die Berufung eines Spezialisten macht daher nur dann Sinn, wenn die Parteien erkannt haben, dass es gerade auf die Spezialkenntnisse ankommt, die Parteien mangels Fachwissen eine Einigung nicht erzielen können.

Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn es um eine Streitigkeit im Zusammenhang mit der Ausführung eines Werkvertrages geht und die Parteien streiten sich ganz konkret um die Frage der Mangelhaftigkeit des Werkes, die Tauglichkeit von garantierten Eigenschaften, die Angemessenheit von Vergütungen, die Einhaltung der Fristen, bzw. die Frage des Verschuldens bei Nichteinhaltung usw.

Allerdings würde sich hier die Frage stellen, ob die Einschaltung eines Schiedsgutachters nicht empfehlenswert wäre, der dann Fachfragen verbindlich entscheiden könnte. Falls die Parteien sich über die Mangelhaftigkeit einer Wandisolierung streiten, könnte ein Schiedsgutachten die sinnvollere Wahl sein. Wenn allerdings ein Konflikt besteht, der sich um die Einhaltung von Fristen und das Vorliegen von Verschulden bei Nichteinhaltung dreht, die Parteien in großem Umfang im Prozess die Gespräche, wie sie auf der Baustelle erfolgten, in wörtlicher Rede darstellen, erklären, dass auf die Dringlichkeit immer wieder hingewiesen wurde, dass Hilfe angeboten wurde zur rechtzeitigen Fertigstellung, dass von Seiten der Bauausführung die unterschiedlichen Zusagen gemacht wurden, das Dritthandwerker nicht rechtzeitig eingeschaltet, bzw. fehlerhaft beaufsichtigt wurde, dass aufgrund der nicht rechtzeitigen Fertigstellung

Ersatzansprüche Dritter entstanden sind, Folgeaufträge nicht erteilt wurden usw., könnte trotz der eindeutigen Zuordnung der Materie zum Baurecht die Frage bestehen, ob hier Spezialfragen zum Baurecht von einem Spezialisten zu klären sind, oder, ob es vorab um die generelle Klärung der Interessen/Bedürfnisse der unterschiedlichen Beteiligten geht. Möglicherweise spielt die Frage des konkreten Vorliegens von schwierigen Mängeln nicht die größte Rolle, sondern die enttäuschten Erwartungshaltungen der Beteiligten, die bewirken, dass die große Gruppe der eigentlich leicht zu behebbenden Mängeln nicht angegangen werden kann, weil beide Parteien blockieren. In diesen Fällen wäre zu überlegen, ob es um Spezialfragen des Bauwesens geht, für die ein Schiedsgutachten oder ein Schiedsverfahren ohne Entscheidungsbefugnis angebracht wäre oder um Kommunikationsprobleme und nicht geklärte und nicht erfüllte Bedürfnisse, welche durch eine Mediation angegangen werden sollten.

Wie bei allen Abgrenzungskriterien gibt es auch hier fließende Übergänge oder schwer zu beurteilende Grauzonen. Unbeachtlich der Frage, wie der Richter in solchen Fällen bei der Anwendung von § 278 a ZPO vorgeht, ändert sich deswegen nichts an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen der Anwendung des Phasenmodells, als einem strukturierten Verfahren, zur Ermittlung der Interessen/Bedürfnisse der Beteiligten und dem strukturierten Verfahren zur Klärung von Fachfragen.

Das Abgrenzungskriterium „strukturiertes Verfahren“ ist somit dahingehend zu untersuchen, welches Ziel verfolgt werden sollte. Als Wesensmerkmale der Mediation dient das Phasenmodell als strukturiertes Verfahren zur Ermittlung der Interessen/Bedürfnisse der Konfliktparteien und ist an dieser Stelle geeignet, als Unterscheidungsmerkmal gegenüber den anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung herangezogen zu werden.

2. Vertraulichkeit des Verfahrens

Wie schon gezeigt, kann das Merkmal der Vertraulichkeit kein Abgrenzungsmerkmal sein, da die Verpflichtung zur Vertraulichkeit bei allen Verfahren bestehen, bzw. von den Parteien modifiziert werden kann.

3. Freiwilligkeit der Streitparteien

Auch die Freiwilligkeit des Verfahrens ist kein Abgrenzungsmerkmal, denn das Gericht unterbreitet den Parteien einen Vorschlag zur Wahl eines Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Die Parteien können zu keinem Verfahren der außergerichtlichen Beilegung gezwungen werden, sodass die Wahl eines Verfahrens immer freiwillig erfolgen muss.

4. Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien

Die Eigenverantwortlichkeit der Streitparteien bei der Erzielung von Lösungen und fehlende Entscheidungsbefugnis des Dritten ist ein Abgrenzungsmerkmal zwischen der Gruppe von Verfahren, bei denen die Parteien selbst bestimmen, ob eine Zwischenlösung oder eine Gesamtlösung wirksam sein soll. Dies ist bei der Mediation und der Streitschlichtung ohne Entscheidungsbefugnis des Schlichters der Fall, während beim Schiedsgutachten und bei der Streitschlichtung mit Entscheidungsbefugnis des Schlichters die Parteien die Eigenverantwortlichkeit bezüglich einzelner Teile oder des gesamten Verfahrens an den Dritten abgeben.

5. Neutralität

Auch die Neutralität ist kein Abgrenzungsmerkmal, denn sowohl ein Mediator, als auch ein Streitschlichter oder Gutachter muss neutral sein.

6. Weitere Merkmale

Das Erfordernis der persönlichen Anwesenheit der Parteien bei dem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ist insofern ein zu berücksichtigendes Kriterium, als dass jedes Verfahren, mit Ausnahme der Mediation, ohne die persönliche Anwesenheit der Parteien durchgeführt werden kann. Wenn die persönliche Anwesenheit der Parteien nicht gewährleistet oder gar ausgeschlossen ist, scheidet die Mediation als Konfliktbeilegungsverfahren aus.

Dieses Merkmal ist allerdings als Ausschlussgrund zu behandelnden, denn es

sind Extremfälle denkbar, in denen auch eine Mediation-Stellvertreterin möglich ist.

E Konkrete Empfehlung eines Verfahrens

In den USA hat man die Notwendigkeit, der Herausarbeitung der Entscheidungskriterien frühzeitig erkannt und versucht, wissenschaftlich fundierte Entscheidungshilfen zu entwickeln⁶². Um die Praxis der Bundesgerichte zu vereinheitlichen, wurde sogar ein offizielles Handbuch erarbeitet, das Hinweise zur Wahl des am besten geeigneten Verfahrens enthält.

In Deutschland ist zwischen drei Situationen zu unterscheiden:

Das früheste Stadium, in dem zwischen den verschiedenen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unterschieden werden muss, ist die Erstellung von Verträgen, in denen eine Klausel aufgenommen werden soll, dass Konflikte erst nach Durchlaufen eines außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahrens vor ein Gericht gebracht werden können. Die Überlegungen, die hier von den Vertragspartnern und den Rechtsanwälten vorzunehmen sind, orientieren sich an der Art der Konflikte und der Frage, welches Verfahren das geeignetste ist, diesen Konflikt zu lösen. Hier ist auch an eine Vermischung der verschiedenen Modelle zu denken, sodass es für die Parteien in diesem Stadium möglich ist, ein für ihren speziellen Fall geeignetes Modell zu entwickeln und zu vereinbaren.

Haben die Parteien kein vertragliches Konfliktbeilegungsverfahren vereinbart oder handelt es sich um einen deliktsrechtlichen Fall, bei dem die Parteien gar keinen Kontakt im Vorfeld hatten, gibt es die Möglichkeit, dass sie ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung einvernehmlich wählen, um einen Prozess zu vermeiden, bzw. den Streit nicht eskalieren zu lassen. In diesem Fall sind die Überlegungen der Parteien wieder andere, als bei der vertraglichen Vereinbarung eines Konfliktbeilegungsverfahrens, da vorliegend nicht eine Vereinbarung für alle denkbaren Fälle getroffen werden muss, sondern nur für den vorliegenden Einzelfall. Die Überlegungen dazu orientieren sich daher auch an einem engeren Anforderungsprofil.

Das letzte Stadium betrifft die vorliegend zu bewertende Situation, die Auswahl

⁶² siehe dazu Duwe in Hensler/Koch, § 5 Rn. 1 ff.

des Gerichts bei einem bestehenden Prozess. Dieser Fall ist ähnlich wie die Suche bei einem Konflikt nach einem einvernehmlichen Verfahren zur Vermeidung des Prozesses, wobei hier verschiedene Überlegungen nicht angestellt werden müssen. Die Frage, wie sich das Verfahren auf einen möglichen anschließenden Prozess auswirken könnte, muss nicht getroffen werden, da dieser Prozess schon im Gange ist.

Wichtig ist daher nur noch, wie sich die einzelnen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in einem schon laufenden Prozess unterscheiden. Diese Unterschiede sind herauszuarbeiten und es ist zu ermitteln, welches die entscheidenden Kriterien sind, die für eine Auswahl heranzuziehen sind.

Grundlage ist, dass die Parteien ein Verfahren eingeleitet haben, bei dem das Gericht am Ende eine Entscheidung zu fällen hat. Die Parteien haben somit einem Dritten die Entscheidungsbefugnis übertragen. Bei der Frage, wie das Gericht vorzugehen hat, ist eine Einschätzung vorzunehmen, welches Verfahren den Parteien den größten Nutzen bietet.

Vorliegend ist zu untersuchen, nach welchen Kriterien das Gericht eine Entscheidung darüber fällt, ob es den Parteien ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen sollte, wie die praktische Umsetzung dazu erfolgen könnte, wenn das Vorliegen der Voraussetzungen der Kriterien nicht eindeutig ist.

1. Entscheidungskriterien für die Empfehlung eines Verfahrens

Der Grundfall besteht darin, dass das Gericht im Zuge der Vorbereitung der Hauptverhandlung die Schriftsätze der Parteien daraufhin überprüft, welche Erklärungen abgegeben wurden, bzw. welche Umstände vorliegen, die nahe legen, dass ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung empfehlenswert wäre.

Nach § 278 II ZPO geht der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreites eine Güteverhandlung voraus. Dazu sind die Parteien persönlich zu laden. Weiterhin hat das Gericht nach § 278 I ZPO in je-

der Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder einzelner Streitpunkte hinzuwirken, somit auch im Rahmen der Erörterung des Beweisergebnisses nach § 279 III ZPO und noch in der Revisionsinstanz.

Die durch das ZPO-RG neu gestaltete Vorschrift betont noch deutlicher als das frühere Recht den Auftrag der Zivilgerichte, auf eine einvernehmliche Bereinigung des Konflikts hinzuwirken. Einerseits dient dies dazu, lang dauernde und ausufernde Prozesse einzuschränken, andererseits war weiterhin die Erkenntnis entscheidend, dass eine gütliche Einigung dem Rechtsfrieden nachhaltiger dienen könne, als eine streitige Entscheidung⁶³. Der Gedanke wurde auch vom Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zu der Frage der Verfassungsgemäßheit von § 15a EGZPO ausdrücklich ausgeführt⁶⁴.

Das hat sogar zur Folge, dass das Gericht eine einvernehmliche Regelung auch dann anstreben soll, wenn es mehr Aufwand und Zeit und Arbeitskraft erfordert, als der Erlass eines Urteils oder sich der Rechtsstreit schon in einem fortgeschrittenen Stadium befindet.⁶⁵

Zur Vorbereitung der Güteverhandlung hat das Gericht somit die Chancen einer einvernehmlichen Regelung zu prüfen. Weiterhin hat das Gericht zu prüfen, ob in der Güteverhandlung abgeklärt werden kann, ob eine andere Form der gütlichen Streitbeilegung, etwa eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung oder die Einschaltung eines Güterichters insgesamt oder im Bezug auf einzelne Teile des Streitstoffes in Betracht kommt.

Das Gericht hat sich somit schon in der Vorbereitung der Güteverhandlung mit den Abgrenzungskriterien der einzelnen Möglichkeiten zu befassen. Insbesondere ist dies auch deshalb erforderlich, da § 253 III Nr. 1 ZPO und § 23 I S. 3 FamFG von den Parteien eine Aussage darüber verlangen, ob eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung erfolgt ist oder welche Gründe der Durchführung eines solchen Verfahren entgegenstehen. Weiterhin sollen die Parteien sich nach § 278 II Satz 1 ZPO darüber äußern, ob ihrer Meinung nach die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos er-

⁶³ BTDRs. 14/4722 S 62

⁶⁴ BVerfG NJW-RR 2007, 1073, 1074

scheint.

Das Gericht erhält auch darüber von den Parteien wertvolle Hinweise über die Kriterien, die für und gegen die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung in der Güteverhandlung oder die Möglichkeit einer Durchführung eines Verfahrens der außergerichtlichen Streitbeilegung sprechen.

Um die Möglichkeit einer einvernehmlichen Regelung und insbesondere der Weg zur Erzielung einer solchen beurteilen zu können, muss das Gericht abschätzen, welches das konkrete Ziel der Parteien ist: Ist es die Klärung des konkreten Streitgegenstandes oder geht es um einen darüber hinausgehenden Konflikt⁶⁶?

a) Interessen/Bedürfnisse oder Sach- und Rechtsfragen

Greger geht schrittweise vor und überlegt in einem ersten Schritt, ob ein prozessorientiertes oder ein entscheidungsorientiertes Verfahren sinnvoll ist. In einem zweiten Schritt fragt er, ob die Parteien eine Entscheidung des Dritten mit Bindungswirkung oder ohne Bindungswirkung anstreben⁶⁷. Der erste Schritt ist daher Unterscheidung zwischen einer Mediation und eines sonstigen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung.

Es ist somit festzustellen, ob sich die Parteien um die Klärung einer konkreten Sach- oder Rechtsfrage bemühen oder es ihnen um die Befriedigung von persönlichen Interessen/Bedürfnissen geht, die über den Klageantrag einer Auseinandersetzung zugeführt werden sollen. Bei der Klärung und Bearbeitung der persönlichen Interessen/Bedürfnisse, wäre eine Mediation durchzuführen, bzw. eine Güteverhandlung, bei der das Gericht mediatorische Mittel anwendet, bzw. auf einen Güterichter nach § 278 V ZPO verweist. Geht es erkennbar um konkrete Sach- oder Rechtsfragen, kann sich das Gericht überlegen, ob diese Fragen durch das Gericht selbst geklärt werden können, oder ob dafür ein Sachverständiger oder gar ein spezielles Schiedsgericht eingeschaltet werden sollte.

Folgende Beispiele sollen dieses wesentliche Entscheidungskriterium verdeutli-

⁶⁵ Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 278 ZPO Rn. 1

⁶⁶ Greger in: Zöller, Zivilprozessordnung, § 278 ZPO Rn. 1

⁶⁷ Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Rn. 68 –77

chen:

Familienrecht:

Die in Scheidung lebenden Eheleute streiten sich über die Höhe der Unterhaltzahlungen des Mannes an die Frau und die Kinder. Der Mann ist selbstständig und die Höhe seines Einkommens und der Umfang seines Vermögens, welches aus einem Unternehmen besteht, ist zwischen den Beteiligten im Streit. Wenn ersichtlich ist, dass die Eheleute über die Höhe des Unterhalts deswegen streiten, weil in der Auseinandersetzung eheliche Vorkommnisse, die im Ergebnis zur Scheidung geführt haben, abgearbeitet werden sollen, geht es weniger um Sachfragen, als um die Interessen/Bedürfnisse der Parteien. Gerade im Scheidungsverfahren liegt es nahe, dass die Enttäuschung und Trauer über die beendete Beziehung und Unsicherheit bezüglich der zukünftigen Lebenssituation auch in den gerichtlichen Verfahren der Beteiligten miteinander eine Rolle spielen wird. In diesen Situationen bietet sich eine Mediation an.

Das Gleiche ist der Fall, wenn bei einer Klage zwischen einem Kind und einem Elternteil wegen Unterhalt erkennbar ist, dass der Unterhaltsverpflichtete sich mit allen Mitteln versucht, einkommensschwach darzustellen, während das Kind in äußerst aggressiver Weise Unterhalt fordert. Auch hier liegt es nahe, dass beide Parteien von Vorkommnissen in ihrer familiären Beziehung geprägt sind und diese im Verfahren, wenn nicht aufarbeiten, so doch zumindest zur Sprache bringen möchten. Dies muss über eine Mediation bearbeitet werden.

Wenn aber in den Unterhaltsklagen zum Ausdruck kommt, dass beide Parteien bedauern, dass es zu einem Prozess gekommen ist und diesen gerne schnell und ohne weitere Verletzungen zu Ende bringen möchten, aber keine Einigung über die schwere Frage der Bewertung des Einkommens und des Vermögens zustande bringen, wäre ein anderes Verfahren angebracht, wie zum Beispiel ein Schiedsgutachten. In diesem Fall steht die Sachfrage im Vordergrund, die durch einen Dritten mit Sachverstand gelöst werden kann.

Das Beispiel zeigt jedoch, dass die Parteien, wenn es nur um die Lösung einer Sachfrage geht, diese auch durch eine vorprozessuale Einschaltung eines Gutachters, hätten lösen können. Die Tatsache, dass ein Prozess im Familienrecht

überhaupt in Gang kam, legt die Vermutung nahe, dass nicht nur Sach- und Rechtsfragen eine Rolle spielen.

Erbrecht

Eine ähnliche Einschätzung ist im Erbrecht zu erkennen. Wenn es um die Klage von Familienmitgliedern geht, liegt es nahe, dass nicht nur die Klärung von Sach- und Rechtsfragen eine Rolle spielen, sondern auch Beziehungsprobleme. Natürlich kann es in einer Erbengemeinschaft dazu kommen, dass Uneinigkeit darüber bestehen kann, ob gewisse Formulierungen in einem Testament Vermächtnisanordnungen darstellen oder eine Teilungserklärung, ob Vermächtnisse wertmäßig zur Anrechnung kommen, oder Vorabvermächtnisse darstellen, wie der Wert eines Erbteiles zu bestimmen ist, wie Gegenstände konkret verteilt werden, usw. Auch hier ist denkbar, dass die Erbengemeinschaft bedauert, diese Fragen durch einen Prozess klären zu müssen. Allerdings stellt sich dann auch hier die Frage, warum die Klärung von Sach- und Rechtsfragen nicht im Vorfeld des Prozesses durch Gutachten erfolgt ist.

Auch hier dürfte es wahrscheinlicher sein, dass die Familienmitglieder vermeintliche Ungerechtigkeiten, die sie in der Vergangenheit innerhalb der Familie erlebt haben oder sonstige Benachteiligungen an dieser Stelle, wo es um die Beschäftigung mit dem wirtschaftlichen Ergebnis des Erblassers und dessen gerechter Verteilung unter den Erben geht, behandelt haben möchten. Dies wäre dann über eine Mediation zu bearbeiten.

Gesellschaftsrecht:

Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten können ebenso auf nicht geklärten Verletzungen, Missverständnissen oder unerfüllten Interessen/Bedürfnissen beruhen. Wenn die Gesellschafter gegeneinander klagen, weil sie sich beispielsweise uneinig darüber sind, ob die vorliegende Entscheidung eine wesentliche Entscheidung ist, bei der eine Zweidrittelmehrheit erforderlich ist oder nur eine einfache Mehrheit ausreicht, kann dies Ausdruck eine ungelöste Sach- und Rechtsfrage sein, bei der die Gesellschafter bedauern, dies prozessual klären zu müssen oder Ausdruck eines grundsätzlichen Konflikt, welcher über diese Frage ausgetragen werden soll. Auch hier ist aus den Schriftsätzen oftmals unschwer

zu erkennen, dass es um tiefergehende Probleme zwischen den Gesellschaftern geht, weil Sachverhalte ausgeführt werden, die mit dem Streitgegenstand nichts zu tun haben oder weil mit besonderer Aggressivität agiert wird. In diesem Fall geht es erkennbar um die Klärung von Interessen/Bedürfnissen, zu der eine Mediation angebracht wäre.

Aber auch in solchen Fällen kann für das Gericht erkennbar sein, dass Gesellschafter den Prozess tatsächlich bedauern und beispielsweise durch übereifrige Rechtsanwälte in diese Situation manövriert worden sind. Gerade bei sehr hohen Streitwerten haben Rechtsanwälte eigene Interessen, wobei es nicht nur um Honorar geht, sondern auch um Vermeidung von Haftung. In diesen Fällen ist es nicht ausgeschlossen, dass eine gerichtliche Klärung des Problems auch durch Rechtsanwälte forciert wird, obwohl die Parteien es bedauern, dass ein solcher Schritt scheinbar notwendig war.

Zusammenfassend lässt sich daher Folgendes feststellen: Jeder Konflikt zwischen Personen besteht aus einer Sach- und einer Beziehungsebene. Je nach Qualität der Beziehung können die Beteiligten Konflikte eher auf der Sachebene verhandeln, als auf der Beziehungsebene. Störungen auf der Beziehungsebene ergeben sich in der Regel nicht aufgrund der Sachfragen, sondern aus der Unzulänglichkeit im Umgang mit Sachfragen⁶⁸. Sachfragen können somit zu Konflikten auf der Beziehungsebene führen, während ebenso Konflikte auf der Beziehungsebene verhindern können, dass Sachfragen gelöst werden. In beiden Fällen ist die Sachfrage Gegenstand des Prozesses, während es aber um die Interessen/Bedürfnisse geht, die auf der Beziehungsebene nicht befriedigt werden.

Dabei liegt es grundsätzlich nahe, dass in Beziehungen, die auch zukünftig gelebt werden müssen, Interessen/Bedürfnisse geklärt und befriedigt werden müssen. Allerdings ist dies nicht nur in den Fällen wichtig, in denen auch zukünftig Beziehung gelebt werden muss, sondern dies ist nur ein, wenn auch ein außerordentlich wichtiges, Kriterium für das Vorliegen von Problemen auf der Beziehungsebene.

⁶⁸ Duve/Eidenmüller Hacke, Seite 22

Es sind jedoch auch andere Fälle denkbar, in denen eine zukünftige Beziehung keine Rolle spielt, dennoch auf der Interessen-/Bedürfnisebene das ausschlaggebende Konfliktpotenzial zu sehen ist. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn eine lange tatsächliche oder rechtliche Beziehung beendet wird, ohne dass die Parteien in der Zukunft noch etwas miteinander zu tun haben. In diesen Fällen ist es nicht ungewöhnlich, dass mittels einer Klage ein so genanntes Großreinemachen angestrebt wird. Die Parteien möchten nochmals Verletzungen oder Missachtungen, die in der Vergangenheit stattgefunden haben, aufarbeiten.

Wenn in einem Arbeitsverhältnis oder in einem Mietverhältnis der Arbeiter oder Mieter in einer Art und Weise behandelt wurde, die diesen verletzte, er aber aufgrund seiner abhängigen Stellung alle Verletzungen hingenommen hat, ist es nachvollziehbar, wenn der Verletzte bei Beendigung der Rechtsbeziehung irgendeinen Grund zum Anlass nimmt, in der Sache zu klagen, um in der Klage dann vergangene Ereignisse ins Spiel zu bringen. Der Arbeitnehmer nimmt das angeblich unzureichende Zeugnis zum Anlass, in der daraufhin angestregten Klage viele Fälle vorzutragen, in denen er vom Arbeitgeber ausgenutzt wurde. Der Mieter klagt gegen den Vermieter, weil dieser ihm nicht rechtzeitig die Kautions zurückbezahlt. Dabei wird dann ausgeführt, dass jetzt das Fass voll sei, denn der Vermieter hätte den Mieter während der gesamten Mietdauer schikaniert und der Mieter würde sich dies nicht weiter gefallen lassen. Wenn der Mieter nun in den Schriftsätzen diese vergangenen Ungerechtigkeiten alle beschreibt, dann wird ersichtlich, dass es hier nur vordergründig um die Rückzahlung der Kautions geht, sondern tatsächlich um eine Bearbeitung vergangener, zumindest vom Mieter empfundener Missstände. Das Bedürfnis der klagenden Partei geht in diesen Fällen um eine Bearbeitung der Interessen/Bedürfnisse der Kläger nach Wertschätzung, Herstellung von Gerechtigkeit, Ausgleich von Fehlverhalten dadurch, dass diese ausgesprochen und gegebenenfalls anerkannt werden. In diesen Fällen ist dem Kläger weder durch ein Urteil, noch durch einen Vergleich im Sinne eines gegenseitigen Nachgebens gedient. Hier wäre eine Mediation angebracht.

Unabhängig von der Frage, ob dies auch kostenmäßig dem Beklagten zugemu-

tet werden darf, wäre zumindest festgestellt, dass es sich tatsächlich weniger um Sach- oder Rechtsfragen geht, sondern um Klärung und Befriedigung von Interessen/Bedürfnissen.

Zudem sind Parteien, bei denen eine Beziehung tatsächlicher oder rechtlicher Art zu Ende geht immer öfter bereit, die erforderlichen Beendigungshandlungen durch eine Mediation lösen zu lassen, bzw. sich nach Klageerhebung auf eine Mediation einzulassen. Dies betrifft nicht nur Ehegatten in der Scheidung oder Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, sondern insbesondere auch Gesellschaften oder Gesellschafter nach Beendigung der Zusammenarbeit. Gerade im letzten Bereich kann die Klärung von Interessen/Bedürfnissen durch eine Mediation eine sinnvolle Möglichkeit sein, um gegenseitige Schädigungen, die gerade im Unternehmens- und Gesellschaftsbereich sehr leicht bewirkt werden können, zu verhindern.

Es ist somit generalisierend zu fragen, ob es bei vorliegenden Konflikten um Sach- oder Beziehungskonflikte oder um Sach- oder Bedürfnisfragen geht. Dabei kann es in der praktischen Abgrenzung praktikabel sein, die Fälle der Verbesserung der zukünftig zu lebenden Beziehung und die Aufarbeitung der vergangenen Beziehung als eigenständigen Prüfungspunkt unter der Sammelbezeichnung „Beziehungsfälle“ zu etablieren.

Empirische Untersuchungen haben festgestellt, dass Mediation auch dann erfolgreich sein kann, wenn keine Beziehung zwischen den Beteiligten besteht⁶⁹, sodass die Kategorie „Beziehungsfälle“ zwar die wichtigste Fallgruppe darstellt, wenn es darum geht zu ermitteln, ob Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen, aber andere Konstellationen auch zu bedenken sind.

b) Spezielle Sach- oder Rechtsfragen

Scheidet eine Mediation aus, weil zwingende Ausschlussgründe gegen eine Mediation sprechen oder eine Klärung und Behandlung von Interessen/Bedürfnissen der Parteien keine Rolle spielt, verbleiben die Verfahren, bei denen es um die Behandlung von speziellen Sach- oder Rechtsfragen geht.

Greger fragt an dieser Stelle, ob die Parteien eine Entscheidung des Dritten mit

Bindungswirkung oder ohne Bindungswirkung anstreben⁷⁰. Danach würde noch die Entscheidung für diese beide Gruppen verbleiben, ob es um isolierte Sach- oder Rechtsfragen geht, oder um komplexe Vorgänge mit unterschiedlichen Fragen und Lösungsansätzen.

Dabei könnte die Entscheidung für ein Verfahren an dieser Stelle auch umgekehrt erfolgen, sodass die Beteiligten zuerst abklären, ob es sich um eine begrenzte und genauumrissene Sach- oder Rechtsfrage handelt oder um komplexe Vorgänge und erst danach, ob sie den jeweiligen Dritten mit Entscheidungsbefugnis ausstatten möchten oder nur mit einem Vorschlagsrecht.

In den meisten Fällen dürfte es sich bis zur mündlichen Verhandlung relativ deutlich gezeigt haben, welche Sach- oder Rechtsfrage zu klären ist. In vielen Fällen, insbesondere in denen, in denen das Gericht ein Sachverständigengutachten beauftragt hat, dürfte es sich um isolierte Sach- oder Rechtsfragen handeln, bei denen dann das Gericht direkt die Gruppe der Gutachten ansprechen wird: gerichtliches Sachverständigengutachten oder ein Schiedsgutachten mit oder ohne Entscheidungsbefugnis.

Wenn es um komplexe Vorgänge geht, wird das Gericht direkt ein Schiedsverfahren oder ein Schlichtungsverfahren vorschlagen können.

c) Kosten der Mediation

Insbesondere in Mediationsbroschüren oder in Zeitungsberichten, aber auch in juristischen Aufsätzen⁷¹ wird oft erwähnt, dass die Mediation meistens eine kostengünstigere Alternative darstellen würde, als der Prozess. Dies ist jedoch kritisch zu sehen⁷² und weiterhin ist zu überlegen, ob der Kostenfaktor ein Entscheidungskriterium für das Gericht ist, ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung in Erwägung zu ziehen oder zu empfehlen.

Tatsächlich sind die gerichtlichen Gebühren schon entstanden und wenn die Parteien einen Vergleich schließen, ist auch eine Vergleichsgebühr entstanden.

⁶⁹ Nolan-Haley, Alternative Dispute Resolution in a Nutshell, S.115-116

⁷⁰ Greger/Stubbe, Schiedsgutachten, Rn. 68 –77

⁷¹ exemplarisch: Neuenhahn/Neuenhahn, Die Begleitung des Medianten durch den Rechtsanwalt in der Mediation, NJW 2005, 1246

⁷² Trossen, Mediation ist DIE – oder KEINE Alternative, ZRP 2012, 23

Die Gebühren für eine Mediation sind somit zusätzliche Kosten, wenn die Mediation nach eingeleiteter Klage angestrebt wird.

Aber auch bei noch nicht angestrebtem Prozess, sind die Kosten für eine Mediation nicht zwingend geringer, als die Kosten für eine Klage. Dies hängt vom Streitwert, von dem Stundenhonorar des Mediators und der Länge der Mediation ab.

Eine Kostenersparnis könnte sich aber daraus ergeben, dass durch die Mediation die Kosten für eine weitere Instanz und eventuelle weitere Gutachten vermieden werden.

Eine weitere Kostenersparnis kann sich auch dann ergeben, wenn die Mediation den Eintritt anderweitiger finanzieller Nachteile verhindert, wie zum Beispiel die Unterbrechung einer geschäftlichen Beziehung, der Ausfall von Geschäftstätigkeit oder der Stillstand eines Bauauftrages. Zudem kann auch berücksichtigt werden, dass ein lange dauernder Prozess, insbesondere über mehrere Instanzen andere Kosten nach sich zieht, wie zum Beispiel die Bewertung der Arbeitskraft der Parteien, die im Prozess aufgewendet werden muss und auch bei obsiegenderem Urteil nicht ersetzt wird. Zudem kann ein langer Prozess den Parteien einen solchen Schaden zufügen, dass es ihr wirtschaftlicher Ruin sein kann.⁷³ Insbesondere wenn in einem Verfahren von zwei Unternehmen gegeneinander die wirtschaftliche Betätigung beider Unternehmen durch den Prozess so nachhaltig beeinträchtigt wird, dass beide Unternehmen in der Berufungsinstanz Insolvenz anmelden würden, wären die drohenden wirtschaftlichen Nachteile somit ein fast schon zwingendes Argument für ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, mithin auch einer Mediation.

Es ist somit in vielen Fällen tatsächlich wahrscheinlich, dass durch ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung insgesamt Kosten im weitesten Sinne eingespart werden können.

Allerdings ist es auch möglich, dass eine Mediation wesentlich teurer wird als der Prozess. Das ist insbesondere bei geringen Streitwerten und hohen Kosten für eine Mediation der Fall. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass Klagen

mit geringen Streitwerten oft nur der Aufhänger für den Versuch einer Aufarbeitung von Interessen/Bedürfnissen darstellen und diese nur über die Mediation erfolgreich verlaufen kann. Wenn zwei Nachbarn gegeneinander auf Rückschneiden eine Hecke klagen, kann der Streitwert gering, die Kosten für eine Mediation aber sehr hoch sein. Dennoch wird an diesem Beispiel deutlich, dass die Kostenfrage nicht entscheidend ist. Es ist denkbar, dass ein Urteil sehr leicht und auch schnell gefällt werden könnte, den Parteien damit aber nicht gedient ist, denn diese hoffen, dass ihr grundsätzlich beschädigtes Verhältnis verbessert wird. Dies wird aber durch das Urteil nicht erreicht. In einem solchen Fall werden die Mandanten die Mehrkosten für eine Mediation und eine entsprechende Darstellung ihrer Interessen/Bedürfnisse dann in Kauf nehmen, wenn die Grundsituation geklärt und ihr Verhältnis verbessert wird.

Die Kostenfrage ist somit für das Gericht unterschiedlich zu betrachten:

Falls es um eine Frage von Interessen/Bedürfnissen geht, ist eine Mediation natürlich bei Kostenersparnis zu empfehlen, aber auch bei Mehrkosten, denn die Parteien erhalten durch diese Mehrkosten eine grundsätzliche Verbesserung ihrer Beziehung. Da die Mediation vom Gericht auch nur vorgeschlagen wird, können die Beteiligten auch selbst entscheiden, ob ihnen die Verbesserung die Mehrkosten wert ist und werden sich dann dafür oder dagegen entscheiden. Für das Gericht sollte die Kostenfrage bei der Empfehlung einer Mediation somit keine Rolle spielen.

d) Ausschlussgründe bei der Mediation

aa) Hohe Eskalationsstufe

Im anwaltlichen Alltag wird nicht selten die Argumentation zu hören sein, dass die Parteien so zerstritten sind, dass eine Mediation aussichtslos erscheint. Insbesondere bei den Parteien ist dies regelmäßig zu hören, aber auch Rechtsanwälte und die Gerichte äußern sich in der Weise. Dies lässt sich nur damit erklären, dass den Beteiligten das System der Mediation nicht im erforderlichen Maße bekannt ist. Einigungsbereitschaft oder eine hohe Wahrscheinlichkeit da-

⁷³ Lenz/Müller, S.66

für sind keineswegs Voraussetzungen der Mediation⁷⁴. Es ist gerade der Zweck der Mediation, Einigungsbereitschaft wieder herzustellen. Die Herstellung von Einigungsbereitschaft ist Ziel und nicht Voraussetzung des Mediationsverfahrens. Selbst ausgeprägte Hindernisse oder hohe Zerstrittenheit können in der Mediation überwunden werden. Ein entsprechend ausgebildeter Mediator ist auch in der Lage, in einer hohen Eskalationsstufe die Parteien dazu zu bringen, die Sichtweite des anderen nachzuvollziehen. Ganz im Gegenteil ist davon auszugehen, dass eine hohe Eskalationsstufe durch ein Urteil nicht beseitigt wird und die Parteien werden, wenn sie die Möglichkeit erhalten, ihren Konflikt auf einem anderen Feld weiter austragen. Oft wird erst in der Mediation geklärt, was die wahren Hindernisse und Ursachen für die Eskalation sind.

Gerade in den Bereichen, in denen eine hohe Eskalationsstufe aufgrund der enttäuschten Beziehung besteht, gibt es empirische Untersuchungen, die belegen, dass die Mediationsverfahren gegenüber dem Gerichtsverfahren deutliche Vorteile im Hinblick auf Dauer, Gesamtkosten und insbesondere die Verfahrenszufriedenheit und die praktische Umsetzung der Sachregelung aufweist. Eingesetzt wird die Mediation erfolgreich beispielsweise in Sorge- und Umgangverfahren⁷⁵, im Familienrecht⁷⁶, im Wirtschaftsrecht⁷⁷, im allgemeinem Zivilrecht⁷⁸, Arbeitsrecht⁷⁹, Gesellschaftsrecht⁸⁰, Erbrecht⁸¹, Haftungsrecht⁸², Miet-, Wohnungseigentums- und Nachbarrecht⁸³, Bau- und Immobilienrecht⁸⁴, Sozialrecht⁸⁵.

Auch wenn keine weitere Interaktion der Beteiligten zu erwarten ist, der Konflikt somit mit dem Prozess beendet wäre, sollte die Mediation auch hier eingesetzt

⁷⁴ Unberath Mediationsgesetz, Teil 1, Rn. 100

⁷⁵ Greger, Abschlussbericht, 210, S. 131

⁷⁶ Weiler/Schlickum, Praxisbuch Mediation, S. 67 ff

⁷⁷ Ponschab/Dendorfer in Haft/v. Schlieffen § 24

⁷⁸ Probst, in Greger/Unberath, S.99 ff.

⁷⁹ Ittner in Joussen/Unberath, S.27 ff.

⁸⁰ Dendorfer/Krebs, MittelbayNot 2008, 85 ff.

⁸¹ Risse, ZEV 1999, 295 ff.

⁸² Katzenmeyer, NJW 2008, 1116 ff.

⁸³ Kleinbaum in Henssler/Koch, § 17

⁸⁴ Jung/Lauenroth/C. Wagner, ZfIR 2008, 813 ff.

⁸⁵ Kilger in Henssler/Koch, § 20

werden⁸⁶.

Eine Mediation muss allerdings dann ausscheiden, wenn der Gefühlskonflikt die Auseinandersetzung gänzlich dominiert, sodass eine Verhandlung auf der Sachebene nicht möglich sein wird⁸⁷. Ob das der Fall ist, kann vorab jedoch nur sehr beschränkt, wenn überhaupt, festgestellt werden, sondern auch dieses wird sich in der Regel erst in der Mediation herausstellen.

Es ist daher gerade bei einer hohen Eskalationsstufe besonders empfehlenswert, eine Mediation durchzuführen, sodass der Grundsatz aufgestellt werden kann: Je höher die Eskalationsstufe ist, desto eher ist es sinnvoll, eine Mediation durchzuführen.

bb) Keine persönliche Anwesenheit der Parteien oder betroffener Dritter möglich

Der Erfolg einer Mediation hängt in hohem Maße davon ab, ob und wie sich die Einstellungen der Parteien im Laufe der Verhandlungen verändern und eine Verständigung stattfinden kann. Eine solche Wahrnehmung wandeln ist nur möglich, wenn die Parteien persönlich die durch den Mediator vermittelten Darstellungen vernehmen⁸⁸. Die Zwischenschaltung eines Dritten sollte nur in Ausnahmefällen angewendet werden. Der Dritte wird die Äußerungen der Parteien immer leicht gefärbt durch seine eigene Persönlichkeit darstellen. Auch die Erkenntnis, die gewonnenen werden kann, wenn man eine Person von Angesicht zu Angesicht sprechen, erklären, bitten, bedauern, schimpfen, insgesamt emotional erlebt, geht verloren, wenn der Vorgang interpretiert durch einen Dritten übermittelt wird. In diesen Fällen wird eine empathische Reaktionen vielfach ausbleiben, sondern die Entscheider werden versuchen, die vorgeschlagenen, verhandelten Konditionen wieder zu ihren Gunsten zu modifizieren.

Auch Spitzenführungskräfte großer Unternehmen finden sich in der Regel bereit, an einer Mediation teilzunehmen, wenn der Konflikt für das Unternehmen eine große Bedeutung hat und der Nutzen der Anwesenheit verdeutlicht wurde.

⁸⁶ Duve in Henssler/Koch, § 5 Rn. 71 ff, Mondata/Kals, Mediation, S. 3

⁸⁷ Schäfer, Der Prozessanwalt im Mediationsverfahren, ZErB 2011, S.321

⁸⁸ Grobsch/Heymann, Vertrauen als Verfahrensgegenstand - Fallgruppen der Mediation, NJW 2012, 3628

Eine Mediation, bei der es um die konkrete Beziehung zweier Personen geht, dürfte ohne persönliche Anwesenheit dieser beiden Personen aussichtslos sein. Aber auch dann, wenn Personen nur mittelbar betroffen sind, somit weder Partei, noch Streitgenossen oder Ähnliches sind, kann eine Teilnahme zwingend sein. Bei Klagen gegen eine verheiratete Person kann eine Einigung, bzw. eine Mediation daran scheitern, dass diese Person das Ergebnis seinem Ehepartner nahe bringen muss. Wenn dieser das Ergebnis aber nur dann verstehen kann, wenn er selbst an der Mediation teilgenommen hat, kann es zwingend sein, ihn einzubeziehen. Die Partei wird schwerlich zu einer entsprechenden Vereinbarung bereit sein, wenn sie weiß, dass sie diese Vereinbarung ihrem Ehepartner nicht vermitteln kann. Dies kann grundsätzlich in all den Verhältnissen problematisch sein, in denen die Parteien mit Dritten in einer entsprechenden Beziehung stehen und die zu erzielenden Ergebnisse diesen gegenüber vertreten müssen⁸⁹.

Schwierigkeiten können hier auftreten, wenn diese Beziehungen nicht offen liegen, selbst die Beteiligten können u. U. darüber im Unklaren sein. In diesen Fällen kann eine Mediation in der Lage sein, diese Abhängigkeiten aufzuzeigen. In diesen Fällen könnten dann die Dritten im nachhinein in die Mediation miteinbezogen werden.

Sollten allerdings die Dritten als Zeugen in Frage kommen, stellt sich die schwierige Problematik, inwiefern diese Zeugenstellung durch ein Mediationsverfahren gefährdet werden kann. Der Zeuge kann im Mediationsverfahren entweder vereinbaren, nicht als Zeuge auszusagen oder durch die sehr persönlichen Erfahrungen in der Mediation kann seine Zeugenposition wertlos werden. In diesem Fall kann ein solcher Konflikt den Erfolg einer Mediation verhindern.

cc) Klage gegen Institutionen

Wenn auf einer Seite der Klage eine Institution steht, kann eine Mediation dadurch ausgeschlossen sein, dass die beteiligten Personen weder einen eigenen Entscheidungsspielraum haben, noch ein persönliches Interesse oder entsprechende Bedürfnisse. Wenn hier einfach nur Handlungsanweisungen durch die

⁸⁹ Hösl, Mediation die erfolgreiche Konfliktlösung, S. 66 ff.

Vertreter abgearbeitet werden, Erkenntnisse der Interessen/Bedürfnisse der anderen Partei keine Rolle spielen, dürfte auch eine Erhellung dieser Interessen/Bedürfnisse und der Situation der anderen Partei keine Rolle spielen. Dies ist insbesondere immer dann zu überlegen, wenn die Institutionen als Anspruchsgegner für einen Schädiger eintritt, wie z.B. die Haftpflichtversicherungen. Hier kann davon ausgegangen werden, dass die Haftpflichtversicherung nur dann und in dem Umfang bezahlen wird, wie der Schädiger hätte bezahlen müssen. In einem solchen Falle wäre ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, als die Mediation empfehlenswert.

dd) Anwendbarkeit von zwingendem Recht

Teilweise wird die Meinung vertreten, dass ein Mediationsverfahren ausscheidet, sofern gesetzliche Bestimmungen die Privatautonomieregelung des Streitgegenstandes nicht zulassen. Das sei der Fall, wenn die Parteien nicht dispositio befugt über den Streitgegenstand entscheiden und daher auch keinen Vergleich schließen können. Als Beispiel wird ein innerbetrieblicher Konflikt mit den Arbeitnehmern angeführt, bei dem nach § 4 Tarifvertragsgesetzes der Arbeitnehmer auf die in einem Tarifvertrag enthaltenen Rechte nur teilweise verzichten kann. Wenn sich der Streit auf diese Rechtsposition beschränkt, sei eine Mediation ausgeschlossen⁹⁰.

Auch bei öffentlich-rechtlichen Verfahren, bei denen in Rechte Dritter einzugreifen ist, soll nur nach den gesetzlich geregelten Verwaltungsverfahren vorzugehen sein⁹¹. Das bayerische Staatsministerium des Inneren hat im Jahre 2008 beschlossen, in einem eigenen, von Anfang an von Greger⁹² wissenschaftlich begleiteten Modellprojekt, eigene Erfahrungen über Mediationen in verwaltungsgerichtlichen Streitigkeiten zu sammeln. In dem Abschlussbericht wird dargestellt, dass insgesamt eine hohe Zufriedenheit der Beteiligten mit dem Verfahren bestand. Von den prozessbeteiligten Bürgern wurde das Mediationsverfahren äußerst positiv bewertet. Bei den mit Einigung beendeten Verfahren wurden von 50 % der Beteiligten das Prädikat „sehr positiv“, in 36 % „eher posi-

⁹⁰ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 308

⁹¹ Holznagel in Breidenbach/Henssler S. 157

tiv“ vergeben. Bemerkenswert ist, dass auch in den Verfahren in denen es nicht zu einer Einigung kam, 70 % der Bürger das Verfahren als positiv erlebten und etwa zwei Drittel es auch in diesem Fall als nützlich empfanden. Bei den Rechtsanwälten fiel das Urteil mit 90 % positiver Bewertung noch besser aus. Hier wurde die Klärung von Hintergründen als das mit Abstand wichtigste Motiv angegeben. Auch bei den Behördenvertretern herrschte große Zufriedenheit mit dem Verfahren. 95 % der Rückmeldungen war positiv, allerdings nur, wenn eine Einigung erzielt werden konnte. Ohne Einigung war fast die Hälfte der Bewertungen negativ, hauptsächlich wegen des höheren Verfahrensaufwandes und der Verfahrensverzögerung⁹³.

Greger zieht daraus die Schlussfolgerung, dass die Anwendungsmöglichkeit für ein Mediationsverfahren, statt des gerichtlichen Verfahrens von vornherein dadurch begrenzt ist, dass sich hier nicht Individuen mit persönlichen Interessen/Bedürfnissen und Wertvorstellungen gegenüberstehen, sondern dass auf zumindest eine Seite des Konflikts eine Institution steht, die gesetzlich vorgegebene Aufgaben im Allgemeininteresse erfüllt. Dabei sind das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Gleichbehandlung, die Verhältnismäßigkeit durch spezielle Verfahrensvorschriften und nicht zuletzt durch rechtliche Vorgaben festgelegt. All dies soll einen offenen Diskurs mit dem Bürger und die gemeinsame Suche nach einer optimalen Lösung zwar nicht ausschließen, die Gestaltungsspielräume aber erheblich einengen⁹⁴.

Aufgrund der von Greger untersuchten Fälle und der Tatsache, dass bei dem gemeinsamen Erarbeiten einer Lösung hohe Zufriedenheit herrschte, ist die Mediation im Verwaltungsverfahren grundsätzlich anzuwenden. Aber auch in den Fällen, in denen quasi keine Gestaltungsspielräume bestehen, ist eine Mediation nicht ausgeschlossen. Insbesondere die von Greger gezeigten Fälle, in denen eine Einigung nicht erzielt werden konnte und immer noch 70 % der Bür-

⁹² Greger, Abschlussbericht zu wissenschaftlichen Begleitung des Pilotprojekt: Mediation in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, 2011

⁹³ Greger, Abschlussbericht zu wissenschaftlichen Begleitung des Pilotprojekt: Mediation in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 100

⁹⁴ Greger, Abschlussbericht zu wissenschaftlichen Begleitung des Pilotprojekt: Mediation in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 103

ger und 90 % der Rechtsanwälte zufrieden waren, zeigen, dass die Mediation nicht nur geeignet ist, eine einvernehmliche Regelung herbeizuführen, sondern auch die Zufriedenheit, insbesondere des Bürgers zu erhöhen. Gerade wenn der Bürger eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht akzeptiert, ist allen Beteiligten geholfen, wenn in einem Mediationsverfahren die Hintergründe der Entscheidung dem Bürger nahe gebracht werden können und auch die Behörde erfährt, warum es Bürgern schwer fällt, verschiedene Entscheidungen zu akzeptieren. Im Ergebnis wird die Behörde in solchen Verfahren wertvolle Erkenntnisse gewinnen, die sie in ähnlich gelagerten Fällen für die Kommunikation mit den Bürgern verwenden kann. Der Bürger wiederum wird, wenn sich bei ihm Zufriedenheit eingestellt hat, mit dem Ergebnis besser umgehen können und seine Zufriedenheit mit der Verwaltung wird insgesamt wachsen. Das sind auf beiden Seiten wertvolle Ergebnisse, sodass auch in den Verfahren, in denen im Ergebnis wenig, bzw. gar kein Gestaltungsspielraum besteht, eine Mediation angebracht sein kann.

Zuletzt soll die Mediation auch Ausdruck eines neuen geänderten Staatsverständnisses und Selbstverständnisses der Verwaltung sein. Unabhängig davon, ob man diesen neuen Verwaltungsstil „informatives Verwaltungshandeln“ oder „kooperatives Verwaltungshandeln“ nennt, oder man von einer Endhierarchisierung der Beziehung zwischen Staat und Gesellschaft spricht, ist Folgendes gemeint: Die Beziehung zwischen Staat und seinen Bürgern wird nicht mehr durch Distanz und Überlegenheit geprägt, sondern der Bürger sieht sich als Träger und Garant der staatlichen Ordnung. Daher ist es auch erforderlich, nicht nur Maßnahmen durchzusetzen, sondern auch einen breiten Konsens zu erzielen. Dafür ist die Mediation bestens geeignet.

Der Grundsatz, dass auch bei Vorliegen zwingenden Rechts eine Mediation angebracht sein kann, gilt umso mehr in zivilrechtlichen Verfahren. Da in zivilrechtlichen Verfahren die Parteien die Kosten für die Mediation tragen, gibt es keinen Grund ihnen eine Mediation zur Verbesserung ihrer persönlichen Zufriedenheit nicht vorzuschlagen. Insbesondere bei Privatpersonen eröffnet sich zudem die Möglichkeit, dass bei Erhellung der Interessen/Bedürfnisse die Parteien zur Verbesserung ihrer persönlichen Beziehung Angebote unterbreiten kön-

nen, die mit dem direkten Streitgegenstand nichts zu tun haben, die Gesamtsituation jedoch deutlich verbessern.

Die Anwendbarkeit von zwingendem Recht ist somit kein grundsätzlicher Ausschlussgrund für eine Mediation.

ee) Grundsatzentscheidung ist gefragt

In Grundsatzkonflikten oder Präzedenzfällen ist eine Mediation nicht geeignet. Dies kann beispielsweise dann vorliegen, wenn die Wirksamkeit von AGB-Regelungen für die Allgemeinheit überprüft werden soll. Hier wäre es kontraproduktiv, im Einzelfall über die Mediation eine Einzelregelung zu erzielen und die allgemein interessante Rechtsfrage offen zu lassen.

ff) Parteien wollen Öffentlichkeit

Auch wenn eine Partei einen Konflikt besonders öffentlichkeitswirksam austragen möchte, wird sie hier eine Mediation nicht akzeptieren. In diesem Falle geht es gerade darum, über ein Gerichtsverfahren einen Konflikt der Allgemeinheit zugänglich zu machen. Auch kann es darum gehen, einen Missstand so anzuprangern, dass andere Parteien diesen Fall zum Anlass nehmen, ihr Verhalten zu überdenken. Auch kann über das öffentliche Gerichtsverfahren Druck auf eine Partei ausgeübt werden, die dann zu einem höheren Vergleichsangebot führen kann, als wenn ein Mediationsverfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden würde.

2. Konkrete Vorgehensweise des Gerichts

a) Vorbereitung der Güteverhandlung

Im Zuge der Vorbereitung der Güteverhandlung überprüft das Gericht sämtliche Unterlagen darauf hin, ob die Parteien eine schlichte Klärung von Sach- oder Rechtsfragen wünschen oder ob der Wunsch nach Interessen-/Bedürfnisbefriedigung zumindest die Triebfeder einer Partei für die Klage ist.

Eindeutige Hinweise dazu liefern einerseits die Schriftsätze der Parteien, andererseits sind gewisse Gebiete prädestiniert dafür, dass Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen.

Der Harvard Professor und Mediationspionier Frank Sander geht von einer grundsätzlichen Vermutung für eine Eignung der Mediation zur Lösung eines Konfliktes aus, welche bei entsprechenden Indizien widerlegt werden könnte⁹⁵. Allerdings wird diese Meinung bei der konkreten Entscheidungsfindung praktisch nicht weiterhelfen, denn auch nach Sander ist es erforderlich, Indizien, die gegen eine Mediation sprechen, zu überprüfen und insbesondere zu gewichten. Wenn Indizien für eine Mediation sprechen und gleichzeitig auch Indizien gegen eine Mediation vorhanden sind, insbesondere Ausschlussgründe, sind diese abzuwägen⁹⁶. Auch in diesem Falle ist es somit erforderlich, die Indizien zu kennen, die für eine Mediation sprechen.

aa) Beziehungsfälle als besondere Fallgruppen

Insbesondere in den Rechtsgebieten oder Lebenssachverhalten, in denen Personen über einen längeren Zeitraum miteinander zu tun haben, besteht die Gefahr, dass Konflikte entstehen, die ihre Ursache in der Art des Umgangs der Menschen miteinander haben. Das Paradebeispiel dafür ist das Ehe- und Familienrecht. Gerade in diesem Bereich ist es offenkundig, dass im Laufe der Jahre Konflikte entstehen können, in denen von den Beteiligten eine befriedigende Lösung oft nicht erzielt werden kann. Wenn die Arbeit der Ehefrau durch den Ehemann über Jahre hinweg nicht in der Art und Weise gewertschätzt wird, wie die Ehefrau es sich wünscht oder erwartet, kann dieses nicht befriedigte Bedürfnis bei all den Konflikten eine Rolle spielen, bei denen es um einen vermögensrechtlichen Ausgleich geht, wie zum Beispiel dem Zugewinnausgleich.

Die gleiche Problematik besteht beispielsweise zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern, Familienmitgliedern im Erbfall, Miteigentümern, Nachbarn, Mietern und Vermietern.

Ein weiterer typischer Lebenssachverhalt, bei dem sich eine Mediation anbietet ist der Konflikt zwischen Unternehmen und der Konflikt innerhalb von Unternehmen. Die empirische Untersuchungen von Linsky/Seeber⁹⁷ unter 1000 der größten amerikanischen Unternehmen aus dem Jahre 1998 zeigt, dass insbe-

⁹⁵ Sander/Rozdeicer, 2006, S. 32

⁹⁶ Duve/Eidenmüller/Hacke, S. 303

⁹⁷ Linsky/Seeber in The Appropriate Resolution of Corporate Disputes

sondere Konflikte zwischen Unternehmen, wie gesellschaft-, handels- und erbrechtliche Konflikte, z.B. Unternehmensnachfolgeregelungen, post-merger-Konflikte, gescheiterte Unternehmenskäufe, Unternehmenssanierungen, Neuverhandlungen bei Langzeitverträgen, Bau- und Anlagenobjekte, Produzentenhaftung und Konflikte innerhalb von Unternehmen, wie innerbetriebliche Konflikte mit oder zwischen Mitarbeitern, Konflikte zwischen Abteilungen oder Geschäftsbereichen untereinander oder mit der Unternehmensleitung, Konflikte zwischen konzernverbundenen Unternehmen untereinander oder mit der Konzernleitung, besonders erfolgreich durch Mediation gelöst werden können.

Das Wiener Hernstein Management Institut kam 2002 zu dem Ergebnis, dass nahezu die Hälfte (47 %) der Konflikte in Unternehmen aus zwischenmenschlichen Gründen entstehen⁹⁸. Bei Klagen zwischen diesen Beteiligten dürfte es daher nahe liegen, dass Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen. Insbesondere ergibt sich dies aus der weiteren Überlegung, dass die Beteiligten auch nach einem abgeschlossenen Prozess weiter miteinander zu tun haben. Dies hemmt grundsätzlich die Bereitschaft, gegeneinander zu klagen. Wenn eine Klage dennoch erhoben wird, kann man in der Regel davon ausgehen, dass Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen.

Wenn dies nicht der Fall sein sollte, wird oft durch die Parteien in den Schriftsätzen erklärt, dass man sich gegenseitig schätze, es bedauere klagen zu müssen und es nur um die Klärung von Sach- oder Rechtsfragen geht, welches nicht zu einer nachhaltigen Beschädigung des Verhältnisses führen sollte. In diesem Falle wäre es für das Gericht sofort erkennbar, dass Interessen/Bedürfnisse hier keine Rolle spielen und eine Mediation nicht angebracht wäre.

In den Fällen, in denen die Parteien eine solche Äußerung nicht getan haben, kann generalisierend davon ausgegangen werden, dass Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen.

bb) Schriftsätze der Parteien

Je bedeutender das nicht befriedigte oder vernachlässigte Bedürfnis einer Par-

⁹⁸ Wiener Hernstein Management Institut, F.A.Z. vom 8.7.2002, S.17

tei ist, desto eindeutiger werden entsprechende Äußerungen dieser Partei in den Schriftsätzen sein. Dieses können allgemeine Aussagen mit dem Hinweis auf die angebliche Ungerechtigkeit der Gesamtsituation sein, bis zu konkreten Benennungen von Einzelfällen. Insbesondere sind hier Äußerungen der Parteien eindeutig, die enthalten, man habe in der Vergangenheit dieses oder jenes schon erlebt (und erduldet), jetzt sei aber der Punkt erreicht, wo ein weiteres Hinnehmen nicht mehr akzeptiert werden könne.

Gerade auch sehr allgemeine emotionale Äußerungen lassen den Rückschluss zu, dass die Parteien davon ausgehen, in der Vergangenheit emotionale Verletzungen erfahren zu haben, die fortwirken.

Gerade in den obigen besonderen Rechtsgebieten sind solche Ausführungen an der Tagesordnung. Familienrechtliche Verfahren bestehen oftmals zu einem Großteil aus der Bearbeitung von vergangenen Verletzungen.

Aber auch im Deliktsrecht oder in einmaligen Rechtsbeziehungen können Interessen/Bedürfnisse betroffen sein. Hier werden oft entsprechende Äußerungen in den Schriftsätzen auftauchen. In einer Klage gegen einen Krankenhausträger hatte die durch einen Behandlungsfehler geschädigte Person mehrfach in den Schriftsätzen geäußert, dass sich keiner der verantwortlichen Ärzte bei ihr für den Fehler entschuldigt hätte. Die Frau wurde durch eine schlichte Verwechslung der Krankenakte falsch behandelt und war danach schwerbehindert. Aufgrund der Tatsache, dass sich niemand bei der Geschädigten entschuldigte, hatte diese erst nach langer Zeit den Entschluss getroffen, gegen das Krankenhaus vorzugehen. Selbst im Klageverfahren waren weder das Gericht, noch die Parteivertreter in der Lage, zu erkennen, dass die geschädigte Frau eigentlich nur über ihr Leiden berichten wollte und eine Entschuldigung, bzw. ein Bedauern von den verursachenden Ärzten erwartete. Wenn dieses erfolgt wäre, hätte die Frau auf die Klage verzichtet, bzw. wäre mit einer sehr geringen Schadensersatzforderung zufrieden gewesen. Da keiner der Beteiligten dies erkannte, wurde auch eine Mediation nicht vorgeschlagen und der Prozess endete mit einer exorbitant hohen Verurteilung. Im Ergebnis wäre die geschädigte Klägerin jedoch mit weniger Geld und einer verständnisvollen Reaktion des Kranken-

hauses zufriedener gewesen.

Das Gericht hat somit die Schriftsätze mit entsprechender Sorgfalt und mit einem wachen Blick auf vermeintliche Nebensächlichkeiten zu lesen. Wenn hier erkannt wird, dass die Parteien etwas anderes brauchen, als die geltend gemachte Forderung, wäre oft allen damit gedient, wenn durch eine Mediation dieses Bedürfnis befriedigt werden könnte.

cc) Äußerungen der Parteien

Haben sich die Parteien nach §§ 253 III Nr. 1, 278 II S. 1 ZPO und § 23 I S. 3 FamFG darüber geäußert, ob sie eine Güteverhandlung für aussichtslos oder nicht aussichtslos ansehen oder ob einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung Gründe entgegenstehen oder eine solche geradezu empfehlenswert ist, liefert dies die eindeutigsten Hinweise für die Einschätzungen des Gerichts.

Falls die Parteien den Hinweis geliefert haben, man hoffe, sich noch einigen zu können, ist dies ein Indiz dafür, dass die Parteien zumindest einem kooperativen Verfahren offen gegenüberstehen. In diesen Fällen dürfte das Gericht in der Güteverhandlung unschwer herausfinden können, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit ein Vergleich zustande kommt. In diesem Fall kann das Gericht mit den Parteien selbst besprechen, ob sie den Abschluss eines Vergleichs von vorheriger Abklärung von Sach- und Rechtsfragen abhängig machen möchten, oder von der Klärung von Interessen/Bedürfnissen. Je nach Aussage der Parteien kann das Gericht dann den dafür erforderlichen Schritt tun.

Erhellend sind in gleichem Maße auch Aussagen zur angeblichen Aussichtslosigkeit von kooperativen Lösungsansätzen. Sollten die Parteien für die Begründung der Aussichtslosigkeit Ausschlussgründe ins Feld geführt haben, die tatsächlich vorliegen, ist diesbezüglich eine Klärung erfolgt und das Gericht kann die entsprechenden Schlüsse ziehen.

Oftmals wird aber vorgetragen, dass kooperative Lösungsansätze deswegen unwahrscheinlich sind, weil die Parteien heillos zerstritten, emotional hochgradig beteiligt oder Vergleichsverhandlungen schon gescheitert seien. Eine solche

Aussage kann aber genau den umgekehrten Schluss zulassen. Gerade die Tatsache, dass die Parteien zerstritten sind, emotional beteiligt oder im Vorfeld nicht in der Lage waren, sich zu einigen, zeigt, dass es gerade nicht nur um die Klärung von Sach- und Rechtsfragen geht, sondern, dass wohl in hohem Maße Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielen.

Falls die Parteien sich zu einer kooperativen Konfliktlösung nicht geeinigt haben, die Schriftsätze hierzu keine Anhaltspunkte enthalten und auch keine typische Fallgruppe vorliegt, hat das Gericht die Möglichkeit, die Parteien vor der Güteverhandlung zur Stellungnahme aufzufordern. Spätestens zu dem Zeitpunkt werden sich die Parteien dann so äußern, dass das Gericht daraus Rückschlüsse auf die Konfliktgrundlage ziehen kann. Spätestens jetzt werden die Parteien entweder eine kooperative Konfliktlösung ablehnen, was Rückschlüsse auf die Bedürfniserhellung zulässt oder sie werden die Vergleichsmöglichkeit grundsätzlich bejahen, was wiederum die Vorgehensweise eröffnet, in der Güteverhandlung das weitere Verfahren zur Herbeiführung eines Vergleiches zu besprechen.

dd) Zwischenergebnis zur Vorbereitung der Güteverhandlung

Das Gericht hat in Vorbereitung der Güteverhandlung festzustellen, ob es bei dem vorliegenden Verfahren um die reine Klärung von Sach- und Rechtsfragen geht oder auch um Klärung und Befriedigung von Interessen/Bedürfnissen.

Falls eine typische Fallgruppe vorliegt, bei der regelmäßig unbefriedigte Interessen/Bedürfnisse eine Rolle spielt, ist zu untersuchen, ob die Schriftsätze den Schluss zulassen, dass die Parteien ausnahmsweise auch in einer solchen Fallgruppe nur die Klärung von Sach- und Rechtsfragen anstreben. Dazu sind in der Regel eindeutige Aussagen in den Schriftsätzen erforderlich, bzw. durch Nachfragen des Gerichtes einzuholen. Ohne eindeutige Aussagen, die einen Einfluss von Interessen/Bedürfnissen ausschließen, ist von einem solchen Fall und der Anwendbarkeit einer Mediation auszugehen.

Falls keine typische Fallgruppe oder typische Kriterien vorliegen, hat das Gericht die Schriftsätze daraufhin zu untersuchen, ob eindeutige Aussagen zum Einfluss von Interessen/Bedürfnissen vorliegen. Nur wenn diese vorhanden

sind, ist auch in diesen Fällen eine Mediation in Erwägung zu ziehen.

b) Während der Güteverhandlung

aa) Mediation

Hat das Gericht im Vorfeld den Eindruck gewonnen, dass die Klärung von Interessen/Bedürfnissen erforderlich ist, kann das weitere Vorgehen mit den Parteien besprochen werden. Hier steht zur Auswahl, dass ein externer Mediator einvernehmlich beauftragt werden soll, eine Mediation durchzuführen und das Gericht ordnet das Ruhen des Verfahrens bis zur Beendigung der Mediation an. Andererseits kann auch ein Güterichter eingeschaltet werden, der dann mit mediatorischen Mitteln arbeitet. Auch das Gericht selbst kann im Gütetermin mediatorische Mittel anwenden, um das gewünschte Ergebnis zu erzielen.

Was im Einzelfall vorzuziehen ist, hängt von der Tiefe des Konfliktes und der mediatorischen Ausbildung des Gerichts, bzw. des Güterichters ab.

Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass eine außergerichtliche Mediation Kosten aufwirft und dafür auch mehrere Sitzungen erforderlich sein können. Die Parteien müssen somit die finanziellen Mittel aufbringen können, als auch die Zeit, was schon dann Schwierigkeiten aufwerfen kann, wenn der Wohnsitz der Parteien weit auseinander fällt.

Zudem ist die Bereitschaft der Medianden erforderlich, sich in der Mediation auch zu öffnen. Ohne eine solche Bereitschaft wäre die Durchführung einer Mediation ergebnislos.

Auch das Vorliegen von Ausschlussgründen kann eine Mediation verhindern.

Das Gericht hat somit in der Güteverhandlung diese Aspekte mit den Parteien zu besprechen und im Ergebnis mit den Parteien einen mediatorischen Lösungsversuch zu erarbeiten.

bb) Sach- und Rechtsfragen

Hat das Gericht im Vorfeld den Eindruck gewonnen, dass spezielle Interessen/Bedürfnisse der Parteien keine Rolle spielen, sondern eine schlichte Erklärung von Sach- und Rechtsfragen gewollt ist, kann auch dies einvernehmlich mit dem Gericht oder in einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeile-

gung bewältigt werden.

An dieser Stelle ist zu entscheiden, ob es sich um eine einzelne entscheidungserhebliche Problematik handelt, oder um ein Bündel von offenen Fragen. Bei einer Einzelproblematik dürfte es dem Gericht nicht schwer fallen, den Parteien die dafür bestehenden Möglichkeiten der gerichtlichen Beauftragung eines Sachverständigen mit der Erstellung eines Gutachtens, der privaten Beauftragung eines Sachverständigen mit modifizierter Vorgehensweise für diesen oder eines Vergleiches unter Beachtung der Ersparnis von eventuellen Gutachterkosten, nahe zu bringen. Gerade die Frage der Beweislastverteilung, der Kosten eines Gutachtens und dessen ökonomischer Nutzen für die Parteien in Anbetracht ihres eingeklagten Anspruches, ist das tägliche Brot von Gerichten. Insbesondere die Parteien, für die der ökonomische Nutzen eines Verfahrens im Vordergrund steht und nicht die Befriedigung von Interessen/Bedürfnissen, werden in der Lage sein, diesen Bereich zusammen mit dem Gericht zufriedenstellend zu regeln. Wenn die Parteien die Kosten-Nutzen-Rechnung angestellt haben und sich für die Erstellung eines Gutachtens, anstelle eines Vergleiches entschieden haben, spricht auch nichts dagegen, ein Gutachten, in welcher Form auch immer, in Auftrag zu geben.

Falls die Parteien einen Prozess in einem Gebiet führen, bei dem sowohl die Ursachen des Prozesses, als auch die möglichen Lösungen vielschichtig sind, die Parteien aber eine möglichst sinnvolle Bearbeitung des Gesamtfalles wünschen, weil keine Klärung von Interessen/Bedürfnissen eine Rolle spielt, ist an die Übertragung des Falles auf einen Schiedsrichter oder einen Schlichter mit und ohne Entscheidungsbefugnis zu denken.

Insbesondere die Frage, ob die Entscheidungsbefugnis auf den Dritten übertragen wird oder die Parteien sich die Entscheidungsbefugnis erhalten, wird in der Literatur oftmals als wesentliche und als erstes zu klärende Frage bei der Auswahl eines Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung angesehen⁹⁹. Vorliegend soll dieser Aspekt erst die letzte Entscheidung des Findungsprozesses sein. Dies hängt damit zusammen, dass die Autoren keine systematische

⁹⁹ exemplarisch: Unberath in Mediationsgesetz, Teil 1, Rn. 94

Beschreibung der Suche nach einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung erarbeiten, sondern die Wichtigkeit der einzelnen Entscheidungskriterien. Dabei wird in diesen Fällen die Frage der Möglichkeit und Wichtigkeit, auf das Verfahren Einfluss zu nehmen, zur Begründung der Durchführung einer Mediation verwendet. Vorliegend wird die Frage der Unterscheidung zwischen der Mediation und einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung jedoch nicht an diesem Kriterium festgemacht, sondern an der Frage, ob es um Sach- oder Rechtsfragen geht oder um die Klärung und Befriedigung von Interessen/Bedürfnissen. Im letzten Fall ist die eigenverantwortliche Erarbeitung einer Lösung Wesensmerkmal der Mediation. Erst wenn die Parteien festgestellt haben, dass in einem zu beurteilenden Prozess eine Mediation mangels Klärung der Interessen/Bedürfnisse nicht in Frage kommt, sondern allein die Klärung von Sach- und Rechtsfragen, wird ein passendes Verfahren gesucht, bei dem dann auch entschieden wird, ob die Entscheidungsbefugnis bei diesem Verfahren bei den Parteien verbleibt oder auf einen Dritten übertragen wird.

In diesem Stadium des Verfahrens dürfte die Tatsache, dass nicht versteckte oder offene Emotionen, nicht behandelte Bedürfnisse, vergangene Verletzungen entscheidend sind, dazu beitragen, dass die Parteien mit dem Gericht eine sinnvolle Vorgehensweise besprechen. Gerade in den Fällen, in denen ein lange dauernder Prozess einen existenzgefährdenden Schaden verursacht, müsste es bei fehlenden emotionalen Hindernissen möglich sein, ein sinnvolles Verfahren auszuwählen.

Sollte dies dennoch nicht gelingen, wäre an dieser Stelle nochmals zu überprüfen, ob die grundsätzliche Entscheidung für eine Reduzierung der Problematik auf schlichte Sach- und Rechtsfragen richtig war oder nicht doch eine mediative Bearbeitung von Interessen/Bedürfnissen erfolgen müsse.

cc) Ergebnis in der Güteverhandlung

Spätestens in der Güteverhandlung muss das Gericht die grundsätzliche Entscheidung darüber fällen, ob der zu behandelnde Prozess geprägt ist von der Lösung reiner Sach- und Rechtsfragen oder ob die Interessen/Bedürfnisse der Beteiligten mediativ geklärt werden müssen.

Im Falle der meditativen Bearbeitung des Falles kann der Richter dies in der Güteverhandlung selbst tun, oder auf einen Güterichter oder einen außergerichtlichen Mediator verweisen. Ausschlaggebend dürfte dabei Qualität und Quantität der zu bearbeitenden Konflikte sein. Im Falle einer Scheidung und der in dem Zusammenhang aufzubearbeitenden ehelichen Vorkommnisse dürfte das Gericht schon in zeitlicher Hinsicht überfordert sein. Andererseits könnte eine Kurzmediation in der Güteverhandlung ausreichen, um die Interessen/Bedürfnisse zu klären, wenn ein Gastwirt gegen einen Gast klagen muss, weil dieser wegen angeblicher Mängel das Essen nicht bezahlen möchte.

Wenn es darum geht, dass die Parteien keine Sach- und Rechtsfragen klären wollen, dürfte das Gericht zum Zeitpunkt des Gütetermins wissen, ob es sich um ein abgegrenztes Problem handelt oder um eine Fülle von miteinander verschlungenen Fragen, bei denen zudem eine differenziertere Abarbeitung erforderlich ist, die durch das angestrebte Urteil nur unzulänglich erreicht werden kann. In diesem Fall wird das Gericht mit den Parteien besprechen können, ob eine Streitschlichtung, ein Schiedsverfahren oder eine Modifikation davon nicht eine sinnvollere Behandlung des Falles gewährleistet und ob ein Dritter mit Entscheidungsbefugnis oder nur mit Vorschlagsrecht ausgestattet werden sollte.

Falls, wie in vielen Fällen, nur eine abgegrenzte Sach- oder Rechtslage zu klären ist, wird das Gericht ebenso mit den Parteien besprechen können, ob ein Vergleichsschluss unter Umgehung eines Gutachtens möglich ist oder ob ein Gutachten, in welcher Form auch immer, erstellt werden soll.

An dieser Stelle kann dann das Gericht nochmals überdenken, ob die Grundsatzentscheidung, dass die Parteien nur eine Sach- oder Rechtsfrage geklärt haben möchten, richtig war oder ob die Reaktion der Partei auf das Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nahe legt, das doch ein Eingehen auf Interessen/Bedürfnisse erforderlich ist.

3. Zusammenfassung

Sowohl die Gerichte, als auch die Rechtsanwälte sind durch die Einführung des MediationsG gezwungen, sich mit den Verfahren der außergerichtlichen Kon-

fliktbeilegung intensiv auseinander zu setzen. Die Rechtsanwälte haben die verschiedenen Möglichkeiten schon im Vorfeld einer Klage zu berücksichtigen und mit den Mandanten zu besprechen. Ansonsten gehen sie das Risiko ein, dass ein Verfahren im Prozess vorgeschlagen und durchgeführt wird und sie sich fragen lassen müssen, warum man dieses Verfahren nicht gleich durchgeführt habe. Dann hätte man sich die Gerichtskosten erspart.

Die Richter haben schon im Vorfeld der mündlichen Verhandlung durch entsprechende leitende Verfügungen die Voraussetzungen zu schaffen, dass eine sinnvolle Bewertung der vorliegenden Probleme in Bezug auf eine außergerichtliche Konfliktbeilegung getroffen werden kann. Dazu muss möglichst frühzeitig der Fokus auf die erste Unterscheidung des Konfliktes in Interessen-/Bedürfnisklärung oder Klärung von Sach- und Rechtsfragen gelegt werden. Danach kann das Gericht bei der meditativen Lösung die nach Qualität und Quantität der Probleme eine Kurzmediation vorschlagen, auf den Güterichter oder einen außergerichtlichen Mediator verweisen. Handelt es sich nur um Klärung von Sach- und Rechtsfragen ist auch hier wiederum nach der Qualität und Quantität zu überlegen, ob dies durch ein Gutachten (gerichtliches Sachverständigengutachten oder Schiedsgutachten) oder ein eigenes Verfahren (Schlichtung oder Schiedsverfahren) behandelt werden sollte, wobei zudem festzulegen ist, ob der Dritte Entscheidungsbefugnis oder nur ein Vorschlagsrecht haben sollte. Danach wäre noch in einer letzten Feinabstimmung zu überlegen, ob das gewählte Verfahren noch modifiziert werden sollte, um das bestmögliche Ergebnis für die Parteien zu erreichen.

Es ist zu hoffen, dass die Gerichte erkennen, dass es sich bei einem Prozess nicht um die rasche Beilegung eines Streitgegenstandes handeln kann, sondern um die Aufdeckung der tiefen Strukturen eines Konflikts, damit eine nachhaltige Bereinigung ermöglicht wird¹⁰⁰ und dass die Gerichte in diesen Fällen die Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mit dem gleichen Nachdruck empfehlen, wie sie es beim Vergleich in der Güteverhandlung tun.

¹⁰⁰ Mondata/Kals, Mediation, S. 1